

L 18971

N.P. SXVIII/F-243

JESUS, MARIA, JOSEPH, Y SAN VICENTE FERRER.



*L'Immaculée Conception de la Vierge*

# ALEGACION

DEL DERECHO QUE ASSISTE

A DON MELCHOR DE CALATAYUD

(casa 10.) Coronel de los Reales Exercitos, y à Sor Juana, y Sor Leonor de Calatayud (casas 11. y 12.) Religiosas en el Convento de Santa Maria Magdalena de esta Ciudad.

EN EL PLEYTO CONTRA

DON LUIS, DON LORENZO DE CALATAYUD, y Doña Francisca Ayerve, por si, y como Curadora de Don Pedro de Calatayud su hijo (casas 9. 14. 15. y 16.)

SOBRE

LA SUCCESSION EN CIERTOS FIDEICOMISSOS QUE FUNDÒ Don Rafael Garcia de Salat (casa 2.)

V. 1756



## HECHO.



ON Rafael Garcia de Salat, Generoso (casa 2.) en su Testamento que otorgò à los 7. de Agosto del año 1686. por ante Francisco Carrasco Escrivano, que publicó el mismo en 23. de Noviembre de 1689. despues de aver dexado cinco sueldos à cada uno de sus 6. hijos, que lo fueron Don Vicente, Don Francisco, Doña Maria, Doña Madalena, Doña Ana, y Doña Josepha Garcia de Salat (casas 3. 4. 5. 6. 7. 8.) por parte, por legitima, y por todo, y qualquier derecho, que en sus bienes, y herencia pudiesen tener, y pretender; usando de la facultad que le avria concedido Don Jayme Garcia de Salat su padre (casa 1.) de disponer entre los referidos sus hijos; pasó à hacerles diferentes legados de bienes-sitios, en la forma siguiente.

### CLAUSULA DEL LEGADO DE DON VICENTE (casa 3.)

2. „Y Con pacto, vinculo, y condicion, que si aquel muriese „en qualquier tiempo sin hijos, ò otros descendientes legitimos, y naturales, y de legitimo, y carnal matrimonio nacidos, y procreados; todos los dichos bienes por mi à aquel legados, sin detraction alguna de legitima faldia, trebelianica, ni otro qualquiera derecho, sean, vayan, y pertenezcan à Doña Maria Garcia de Salat (casa 5.) doncella, hija mia, si viviese, con los pactos, vinculos, y condiciones, que mas abajo declararè, y dirè en el legado de la dicha Doña Maria; y si al tiempo de la muerte del dicho Don Vicente (casa 3.) no sobreviviese la dicha Doña Maria (casa 5.) pero huviese dexado hijos, y descendientes legitimos, y naturales, y de legitimo, y carnal matrimonio nacidos, y procreados; en tal caso, quiero que estos succedan por iguales partes, en los bienes legados al dicho Don Vicente, con los mismos pactos puestos en el legado de Doña Maria; y en caso de no sobrevivir la referida Doña Maria, ni huviese dexado hijos, y descendientes, como se ha dicho; succeda en dichos bienes legados, Doña Madalena Garcia de Salat, y Despuig (casa 6.) muger de Don Vicente Despuig, mi hija, si viviese; ò si no, sus hijos, y descendientes legitimos, y naturales, y del modo, y forma que expressaré en su legado; y no sobreviviendo aquella, ni dexado hijos, ni descendientes, como se ha dicho; todos los bienes de dicho legado vayan, y pertenezcan à Doña Ana Garcia de Salat (casa 7.) si viviese; ò si no, à sus hijos, y descendientes, del modo, y forma, que en el legado de aquella se dirà; y en caso de no sobrevivir la dicha Doña Ana, ni aver dexado hijos, ni descendientes algunos legitimos, y naturales, y „ de

de legítimo, y carnal matrimonio nacidos, y procreados, como tengo dicho; suceda en dichos bienes Doña Josepha Garcia de Salat (casa 8.) mi hija, si viviese; y si no, sus hijos, y descendientes, del modo, y manera, que en el legado de aquella se dirá: y si en dicho tiempo no sobreviviessse la dicha Doña Josepha, ni huviesse dexado hijos, ni descendientes, como se ha dicho; suceda del mismo modo Don Francisco Garcia de Salat (casa 4.) si viviese; y si no, sus descendientes de legítimo matrimonio nacidos, y procreados, del modo, y manera, que en los demás se ha dicho. Y si el dicho Don Vicente Garcia de Salat (casa 3.) muriesse con hijos legítimos, y naturales, de legítimo, y carnal matrimonio nacidos, y procreados: en tal caso, aya de disponer de los bienes del referido legado entre aquellos, dando al uno mas, y al otro menos, del modo, y manera que le parecerá, y bien visto le será; con tal, que el hijo, ó hijos en quienes avrà dispuesto, tengan asimismo obligacion de disponer entre sus hijos, que tendrán, de legítimo, y carnal matrimonio nacidos, y procreados; dando al uno mas, y al otro menos, tambien del modo, y manera que les parecerá. Pero si sucediesse, que alguno, ó algunos de los hijos, en quienes se avrà dispuesto, muriesse sin hijos, ó otros descendientes de legítimo, y carnal matrimonio nacidos, y procreados; la parte, y porcion del que así morirá, buelva al hijo, ó hijos que sobrevivan; teniendo cada uno respectivamente, segun aquella parte dehercienda, que le avrà cavido por la vocation, y disposición de sus padres: y esto mismo se observe quedando descendientes, teniendo éstos solamente representativé aquella parte, y porcion, que tendria su ascendiente si sobreviviessse.

#### CLAUSULA DEL LEGADO DE DOÑA MARIA (casa 5.)

3. Y asimismo, con los mismos pactos, vinculos, y condiciones de aver de disponer de dichos bienes entre sus hijos legítimos, y naturales, y de legítimo, y carnal matrimonio nacidos, y procreados, prohibicion de enagenar pensiones, y propiedades, sujecion de depósito, y demás que tengo puestos en los legados hechos á Don Vicente (casa 3.) y Don Francisco Garcia de Salat (casa 4.) queriéndolos tener aqui por repetidos, y expresados de verbo ad verbum, y no en otra manera.

#### CLAUSULA DEL LEGADO DE DOÑA ANA (casa 7.)

4. Y con el pacto, vinculo, y condicion, que en caso de morir la dicha Doña Ana, en qualquier tiempo, sin hijos, ó otros descendientes legítimos, y naturales, de legítimo, y carnal matrimonio nacidos, y procreados: todos lo referidos bienes, sin detraction alguna de legítima fúlsidia, trebelianica, ni otro qualquiera derecho, sean, vayan, y pertenezcan á la dicha Doña Josepha Garcia de Salat (casa 8.)

si viva será; y si no, á los hijos, y descendientes de ésta legítimos, y de carnal matrimonio nacidos, y procreados, con los mismos pactos, contenidos en el legado de aquella: y si al tiempo de su muerte no la sobreviviessse la dicha Doña Josepha (casa 8.) ni hijos, ó otros descendientes, como está dicho; en tal caso, quiero, y es mi voluntad, suceda en dichos bienes, en el modo arriba referido, la dicha Doña Maria Garcia de Salat (casa 5.) ó los hijos, y descendientes de ésta, de legítimo, y carnal matrimonio nacidos, y procreados, en la conformidad expresada en su legado.

5. El referido Don Rafael Garcia de Salat (casa 2.) otorgó Codicilos, por ante el mismo Escrivano Francisco Carrasco, á los 17. de Noviembre de 1686, y 13. de Abril 1689. que publicó en 23. de Noviembre de dicho año 1689. en los quales legó diferentes bienes á Doña Josepha Garcia de Salat (casa 8.) su hija, y mejoró el legado que tenía hecho á la referida Doña Maria (casa 5.) en el citado su Testamento de 7. de Agosto 1686. cuyas clausulas, por lo que pertenece al assunto, son las siguientes:

#### CLAUSULA DEL LEGADO DE DOÑA JOSEPHA (casa 8.) EN los Codicilos de 17. de Noviembre 1686.

6. Y con pacto, vinculo, y condicion, que si la dicha Doña Josepha Garcia de Salat, muriesse en qualquier tiempo sin hijos, ó otros descendientes legítimos, como arriba se ha dicho; todos los referidos censos, sin detraction alguna de legítima fúlsidia, trebelianica, ni otro qualquiera derecho, sean, vayan, y pertenezcan á la dicha Doña Ana Garcia de Salat (casa 7.) mi hija, si viva será; y si no, á sus hijos, y descendientes legítimos, y naturales, de legítimo, y carnal matrimonio nacidos, y procreados, con los mismos pactos, contenidos en el legado, que á aquella le tengo hecho, en dicho mi ultimo precalendariado Testamento, y no de otra manera. Y si al tiempo de la muerte de dicha Doña Josepha (casa 8.) no sobreviviessse la referida Doña Ana (casa 7.) ni sus hijos, ni otros descendientes, como arriba se ha dicho: en tal caso, quiero, y mando suceda en dichos bienes Doña Maria Garcia de Salat (casa 5.) mi hija, ó sus hijos, y descendientes, de legítimo, y carnal matrimonio nacidos, y procreados, con los mismos pactos, vinculos, y condiciones, contenidas en el legado, que á aquella le tengo hecho, en el precalendariado mi ultimo Testamento, y no de otra manera.

#### CLAUSULA DEL LEGADO DE DOÑA MARIA (casa 5.) EN los Codicilos de 13. de Abril del año 1689.

7. Y con los mismos pactos, vinculos, y condiciones, de aver de disponer de dichos bienes entre sus hijos de legítimo, y carnal matrimonio nacidos, y procreados, prohibicion de enagenar pensiones,

nes, y propiedades, sujecion de deposito, y demás que tengo pñe-  
tos en dicho legado, que tengo hecho à la referida Doña Maria, en  
el precalendariado Testamento, y demás que en este se contienen,  
y no en otra manera: todo lo qual quiero tener en el presente le-  
gado por repetido, inserto, y exprellado, de primo ad ultimum.

8 La referida Doña Josepha (casa 8.) murió en Octubre de 1713.  
y Doña Ana (casa 7.) en Enero de 1716, ambas sin dexar hijos, ni  
otros descendientes; y Doña Maria (casa 5.) falleció en Diciembre  
del año 1699. dexando en hijos legitimos, y naturales à Don Jo-  
seph, Don Melchor, Doña Maria Manuela, y Doña Vicenta Ma-  
ria de Calatayud (casas 9. 10. 11. y 12.) aora Sor Juana, y Sor  
Leonor de Calatayud, Religiosas profesas en el Convento de San-  
ta Maria Magdalena de esta Ciudad: y en su ultimo Testamento,  
que otorgó por ante Sebastian Martin Escrivano, à los 20. de No-  
viembre del año 1699. publicado por el mismo en 22. de Diciem-  
bre de dicho año, eligió sucesor à los bienes que poseía vincu-  
lados; en la forma siguiente:

#### CLAUSULA DEL TESTAMENTO DE DOÑA MARIA (casa 5.)

9 Usando de la facultad à mi dada, y atribuida por Don Ra-  
fael Garcia de Salat (casa 2.) mi Padre, y Señor, en sus ultimos  
Testamento, y Codicilos; y de otra qualquiera facultad, que de mis  
Abuelos, ò Visabuelos, ò de otra persona tenga, ò tener pueda; de  
la qual, ò de las quales, al presente entiendo usar, elijo en suce-  
sor de todos los bienes, que poseo vinculados, y de que no puedo  
disponer libremente, à Don Joseph Calatayud mi hijo primogenito  
(casa 9.) y del dicho Don Pedro Calatayud mi marido, de legitimo,  
y carnal matrimonio nacido, y procreado; pero con la obligacion  
de aver de dar al sobredicho Don Melchor Nicolas Calatayud su  
hermano (casa 10.) cien libras de renta, en cada un año, durante  
su vida, para sus alimentos, y de hacerle consigna, para la cobran-  
za de aquellas, contra los Arrendadores de la Alqueria de la Cruz  
de Xativa; y à cada una de las referidas Doña Maria Manuela Ca-  
latayud, y Doña Vicenta Maria Calatayud, sus hermanas (casas 11.  
y 12.) mil libras à cada una, para tomar estado; y si lo tomassen  
de Religiosas, les aya de dar, además de las dichas mil libras, ca-  
da un año durante su vida, veinte y cinco libras, moneda de Va-  
lencia, de renta, para locovrer sus necesidades. Y si fuere caso, que  
el dicho Don Joseph Calatayud (casa 9.) mi hijo, sucediesse en  
el vineulo, que posehe Don Vicente Garcia de Salat (casa 3.) mi  
hermano, y Tio de aquel, por morir este sin hijos; quiero, y es mi  
voluntad, aya de dar, y pagar cada un año, al referido Don Melchor  
Nicolas Calatayud (casa 10.) mi hijo segundo, y hermano de aquel,  
50. lib. moneda de Valencia, de renta, además de las 100. lib. ar-  
riba referidas, durante su vida, para sus alimentos, cesionandolas  
así-

asimismo, sobre la dicha Alqueria de la Cruz de Xativa; y à las re-  
feridas Doña Maria Manuela Calatayud, y Doña Vicenta Maria Ca-  
latayud (casas 11. y 12.) mis hijas, y hermanas de aquel, hasta 40.  
lib. de renta cada un año, durante la vida de aquellas. Y asimis-  
mo, usando de la dicha facultad, para en el caso que el dicho Don  
Joseph Calatayud (casa 9.) mi hijo primogenito, murieste sin hijos  
legitimos, y naturales, y de legitimo, y carnal matrimonio nacidos,  
y procreados, lo que Dios no quiera; elijo en sucesor de todos los  
sobredichos bienes, al referido Don Melchor Nicolas Calatayud (ca-  
sa 10.) mi hijo segundo, segun, y con los mismos pactos, y obli-  
gaciones arriba referidas, y puestas al dicho Don Joseph Calatayud.  
Y si este faltasse sin sucession legitima, y natural, y de legitimo,  
y carnal matrimonio dada, y procreada, elijo, y nombro en suce-  
sora de todos los dichos bienes, y vinculo à Doña Maria Manuela  
Calatayud (casa 12.) mi hija, con el mismo pacto arriba referido.  
Y faltando esta asimismo sin hijos legitimos, y naturales, y de le-  
gitimo, y carnal matrimonio nacidos, y procreados, elijo, y nom-  
bro en sucesora de todos aquellos, à la referida Doña Vicenta Ma-  
ria Calatayud (casa 11.) mi hija, à hacer à sus voluntades.

10 En virtud de estas disposiciones, Doña Francisca Ayerve (ca-  
sa 9.) por sí, y como Madre, Tutora, y Curadora de Don Pedro  
de Calatayud (casa 16.) y Don Luis, y Don Lorenzo de Calata-  
yud (casas 14. y 15.) pidieron en 13. de Abril del año 1753.  
por el Juzgado de el Alcalde mayor de esta Ciudad, que co-  
mo haviétes causa de Doña Maria Garcia de Salat (casa 5.) se de-  
clarasse, pertenecerles por entero todos los bienes, comprehendidos en  
los legados de Doña Ana (casa 7.) y Doña Josepha (casa 8.) por  
aver premuerto éstas à Doña Maria (casa 5.) en exclusion de Don  
Melchor, Sor Juana, y Sor Leonor de Calatayud (casas 10. 11. y  
12.) quienes hasta entonces avian poseido las respectivos quartas  
partes. Y aviendo contestado éstos la Demanda, introduxeron al mis-  
mo tiempo mutua peticion, y reconvention, sobre, y en razon, de  
que se devian declarar sucesores por iguales partes, con Don Joseph  
(casa 9.) Padre de los Contendores, en los bienes legados direc-  
tamente por dicho Don Rafael (casa 2.) à la expresada Doña Maria  
su hija (casa 5.) y aunque se obtuvo por Don Melchor, y herma-  
nas ante el Interior, por Sentencia, que pronunció à los trece de  
Mayo de 1755. se apeló de ella por parte de dichos Doña Francis-  
ca Ayerve, y demás Litisconfortes; y en estos terminos se procura-  
rà esforzar la justicia de dicho definitivo pronunciamiento, con las se-  
guientes reflexiones de

#### DERECHO.

11. A Unque son dos las especies, que se han suscitado en es-  
te Ramo de Autos, ha parecido conveniente reducir à  
un

un solo Informe, lo que se ofrece sobre uno, y otro punto, en justificación de los derechos de Don Melchor, Sor Juana, y Sor Leonor de Calatayud. Pero teniendo presente la defabrida respuesta de Domitio Labeon à Celso: *Aut non intelligo quid sit de quo me consuleris, aut valde stulta est consultatio tua* (1); será preciso, para evitar la confusión, dividir este Informe en dos partes. En la primera se tratará de los fideicomisos contenidos en la Demanda contraria: y en la segunda se evidenciará el derecho de los referidos Don Melchor, Sor Juana, y Sor Leonor de Calatayud, en la mutua Peticion, y Demanda que introduxeron; satisfaciendose en seguida à las objeciones, y argumentos, que se han insinuado en Autos.

## PARTE PRIMERA.

**EN QUE SE EVIDENCIARA, QUE ASSI POR LAS DISPOSICIONES de Don Rafael Garcia de Salas (casa 2.) como por el Testamento de Doña Maria (casa 5.) devieron suceder por iguales partes todos los hijos de ésta, que lo fueron Don Joseph, Don Melchor, Sor Juana, y Sor Leonor de Calatayud (casas 9. 10. 11. y 12.) en los bienes legados por aquel, à las referidas Doña Ana (casa 7.) y Doña Josepha (casa 8.).**

12 **P**ara el mas seguro concepto, se deve acordar, que Doña Josepha murió en el año de 1713. y Doña Ana en el de 1716. y así, que por la premorencia de Doña Josepha (casa 8.) à Doña Ana (casa 7.) pertenecieron los bienes de aquella à ésta, pues Don Rafael previno, que si la dicha Doña Josepha muriese sin hijos, à otros descendientes, todos los bienes que la legava, passasen à la referida Doña Ana; y siendo esto cosa de hecho, justificado ya en autos, no puede aver en ello duda; como ni tampoco, que en el día, solo se ha de tratar de la sucesion en el legado de Doña Ana (casa 7.) à quien pertenecieron los bienes comprehendidos en el de Doña Josepha (casa 8.).

13 Tambien se ha de tener presente, que Don Rafael dispuso, que en el caso de fallecer Doña Ana sin hijos, fuesen, y perteneciesen los bienes à Doña Josepha, si viviese, y sino à sus hijos, y descendientes; y si ni viviese ésta, ni sus hijos, quiso sucediese Doña Maria, à los hijos de ésta, en el modo que quedava referido. De lo qual es visto, que en tanto quiso sucediese Doña Maria à Doña Ana, en quanto viviese aquella al tiempo de la muerte de ésta; y si acaso entonces huviese ya fallecido, llamó à sus hijos. Esto es cierto, y manifiesto en su disposicion, porque dixo: *Succeda en los referidos bie-*

(1)

Dñ. Domitius 27. ff. qui test. fac. poss.

nes en el modo arriba expressado, la dicha Doña Maria Garcia de Salas, à los hijos, y descendientes de ésta. Quiso decir, succeda Doña Maria, si viviese; y si huviere ya fallecido, sus hijos; lo qual es tan claro, y cierto, que el quererlo explicar mas, solo podria servir para confundirlo; no necesitando de otra prueba, ni interpretación, que la cláusula de substitutiones que viene referida; pero como los pareceres de los Hombres son diferentes, y lo que à mi me parece claro, acaso será obscuro, por la concisión, y brevedad, (2) diré, que queriendo Don Rafael se entendiesen estos llamamientos, en el modo que quedava referido, y antes huviese dicho, à Doña Ana, si viviese, y sino à sus hijos, fue tambien su voluntad expresa, que lo mismo se entendiese respecto de Doña Maria; pues el modo de hablar, que queda referido, es repetitivo, y relativo à todas las qualidades, llamamientos, y circunstancias precedentes; (3) de fuerte, que restringe la disposicion al caso expreso, à que se refiere; (4) propia naturaleza de los relativos, comun, y sabida de todos, que se refieren à los antecedentes, y tienen la misma fuerza, y eficacia que si se expresasen. (5) De lo qual se infiere, que la vocacion de Doña Maria se deve entender, para en el caso, que viviese al tiempo de la muerte de Doña Ana, porque así en terminos estava dispuesto en el antecedente llamamiento de Doña Josepha.

14 Con estos supuestos, facilmente se podrá venir en conocimiento, de que todos los hijos de Doña Maria sucedieron por iguales partes en los fideicomisos, que fundó el citado Don Rafael Garcia de Salas en favor de dichas Doña Ana, y Doña Josepha sus hijas; pues aviendo sido llamada la referida Doña Maria, con la condicion, que viviese al tiempo de las muertes de sus hermanas, no aviendo verificado, ni cumplido esta condicion, es constante aver llegado el caso de la sucesion en los siguientes llamados, que eran sus quatro hijos, por ser de su naturaleza la condicion comprehensiva de los llamados, en el caso de su cumplimiento, y existencia, y exclusiva en el contrario. (6) Por manera, que à no ser así, fuera superflua, y ociosa la condicion, pues nada obraria, sino obstante su defecto fuesen eficaces las vocaciones, y substitutiones con ella concebidas. Y fundandose los Comendadores en

(2)

Horat. in Art. post. Hic Brevis esse laboro, obscurus fio.

(3)

Menoch. conf. 160. n. 33. Mascard. de probat. consil. 1265. n. 34.

(4)

Narbon. Leg. 25. gloss. 1. n. 8. lit. 21. lib. 4. recap.

(5)

Aguila ad Roxas part. 2. cap. a. n. 146. Pareja de edit. tit. 2. resol. 6. n. 3022. Urceol. de transact. quæst. 61. n. 26. Vela differt. 24. n. 3. Carleval. de judic. tit. 1. disput. 2. n. 581.

(6)

Leg. à qui ita heres ff. de condit. insti. Leg. 1. & tot. tit. de condit. & demonst. strati. Peregrin. de fidelit. art. 16. n. 116. Folat. de subtit. quæst. 454. n. 1. Urceol. consult. forens. cap. 96. n. 7. Calanate conf. 4. n. 72.

la substitucion condicional de aver de sobrevivir Doña Maria à sus hermanas las legatarias, para entrar en la successión de los bienes de éstas, devieron probar, que se cumplió la condicion, baxo la qual fue llamada. (7)

15 Y sin duda así lo devieron entender los herederos de Don Joseph de Calatayud, quando expresaron en su Demanda, que por las premoriencias de Doña Ana, y Doña Josepha, à Doña Maria, avría sucedido ésta en todos los bienes legados por Don Rafael à aquellas. Pero como no baste el afirmarse este extremo, sino que es preciso el justificarle; y no como quiera, sino es haciendo manifesto el caso del llamamiento, y averle verificado la condicion; (8) de aquí nace, que los referidos herederos devieron probar dichas premoriencias, lo que no han executado, antes por el contrario resulta de autos, que Doña Maria murió muchos años antes, que Doña Ana, y Doña Josepha. Y no aviendose verificado, ni cumplido la condicion *si vivisset*, baxo la qual fue llamada Doña Maria; es visto faltar la substitucion que à su favor hizo Don Rafael, de tal manera, como sino la hubiera hecho. (9)

16 Se legaron los referidos bienes à Doña Maria (casa 5.) con la condicion, de que viviese al tiempo de las muertes de Doña Ana, y Doña Josepha (casas 7. y 8.) y si entonces huviera ya fallecido, à sus hijos, y descendientes; Doña Maria ya era muerta al tiempo de diferirse la successión, que es quando murieron sus hermanas: Luego devieron succeder todos sus hijos; Don Rafael, que era quien los llamó, no les señaló partes: Luego todos devieron succeder igualmente, porque siendo muchos los llamados, sin aver hecho distincion entre ellos el Testador, no hubo preferencia, y por consiguiente todos tienen derecho à la porcion igual. (10) En cuyos terminos se advierte clara, y expresa la voluntad de Don Rafael, que siendo manifesta, ni necesita

(7)

*Leg. qui heredi 44. Leg. Mevius 55. ff. de condit. & demonst. Leg. siquidem 96. Cod. de except. Leg. hoc iure 10. Leg. ita stipulatus ff. de verborum obligat. Simon de Præcis de interpret. ultimæ volunt. fol. 547. n. 192. Peregrin. de fidelicom. art. 29. n. 13. & 14. & art. 44. n. 10. Eular. de substit. quest. 614. Menoch. conf. 95. n. 69. & 262. n. 1. Gratian. disp. forens. 773. n. 5. Palma Nepos allegat 47. n. 2. tom. 1. & allegat. 168. n. 1. tom. 2. Altograd. conf. 43. n. 72. lib. 2.*

(8)

*Torre de majorat. part. 1. cap. 41. §. 7. n. 53. ibi: Animadverto enim, quod qui præstendit succedere ad aliquod ius sibi relictum, veluti legatum, vel fidelicommissum, tenetur ostendere se vocatum ad illud, ac ostendere suam vocacionem eventus conditionis, sub qua fuit institutus, fuisse purissimam, alias succedere minime valet, ut observant passim scriptores.*

(9)

*Roc. disput. sele. cap. 13. n. 14. Suta. de test. 210. v. 7. Peregrin. de fidelicom. art. 16 n. 145. Casan. consil. 51. n. 4. & 5. & consil. 4. n. 28. ibi: Omnis substitutio, vel dispositio, sub conditione facta, desiciente conditione, non solum desinit, sed habetur penitus pro non facta, & scripta, & in casu desicientis conditionis, neque facta, neque scripta reputatur.*

(10)

*Jul. Paul. lib. 3. Sentent. lib. 2. §. 3.*

cessita de interpretaciones, ni tienen lugar contra ella las congeturas, ni argumentos. (11)

17 Hasta aqui se ha demostrado, que por las disposiciones de Don Rafael, devieron succeder por iguales partes todos los hijos de Doña Maria en los referidos bienes; y se pasa à probar, que lo mismo virtualmente dispuso, y ordenó Doña Maria, no tratando en su Testamento de la successión en estos fideicomisos; porque es constante, que ésta no succedió, disfrutó, ni poseyó los bienes que se disputan, por aver premuerto à sus hermanas, y así no pudo disponer de ellos, como con efecto no dispuso; pues para que pueda tener lugar el gravamen de la restitucion (que se le impuso à Doña Maria si sobreviviese) es preciso que los llamados sean herederos; (12) y esta qualidad no pudo verificarse en Doña Maria, porque era muerta quando llegó el caso del llamamiento; y es indispensable, que para que qualquiera se tenga por heredero, viva al tiempo de diferirse la herencia. (13) Y de otra suerte se seguiria, que por la institucion de Doña Maria en Don Joseph, y la acceptacion de éste, se haria heredera, y successora aquella à los bienes legados por Don Rafael, siendo ya muerta, lo que absolutamente repugna; (14) mayormente quando es imposible en lo legal, que aquel que no es heredero, ó successor en vida, lo sea despues de muerto; (15) y esto era preciso, para que pudiese valer el nombramiento de successor en dicho Don Joseph.

18 A éste dexó Doña Maria todos los bienes que posehia vinculados, y de que no podia disponer libremente: No posehia los bienes de que se trata: luego no se los dexó. Que no los poseyese, queda demostrado respecto de su premoriencia à las Legatarias; que le dexasse unicamente los que posehia, es literal en su disposicion: *Elijo en successor de todos los bienes que poseo vinculados, y de que no puedo disponer libremente, à Don Joseph Calatayud mi hijo*. Y en estos terminos no cabe duda, que Doña Maria no entendió, ni quiso comprehendre en su disposicion los bienes, que Don Rafael legó à las referidas Doña Ana, y Doña Josepha, quando nunca llegó à disfrutarles, ni à poseherles. Y es la razon; porque las disposiciones limitadas

(11)

*Larr. de test. 53. n. 12. & 17. Bonfin. de jur. fidelicom. tit. 1. disput. 2. n. 3. Gabr. conf. 116. n. 17. Palma Nep. tom. 3. de test. 274. n. 13. Casanat. conf. 47. n. 61. ibi: Quando enim Testator se ipsum glossat, & mentem suam declarat, nunquam litur ad interpretationem, & glossam legis.*

(12)

*Leg. Ab eo 9. Cod. de fidelicom. Ceteri observo. 20. n. 59.*

(13)

*Leg. 14. ff. de jur. codicill. Leg. 39. §. nisi. ff. de vulgar.*

(14)

*Leg. Velati 3. vers. Sed, & ff. Titulo, ff. de heredit. petiti.*

(15)

*Leg. qui libertinus 37. §. Posthumus 7. ff. de opir. libert. ibi: Posthumus liberti heredes patris sui non liberat, quod præstet liberatio à libertis debet, nec quisquam post mortem liberari intelligi potest.*

das, producen limitado efecto; (16) y las que se conciben en el tiempo presente, no se extienden al venidero; (17) al modo que la disposición hecha de todos los bienes, solo comprende los propios del Testador; pero no los que éste posea, y se deven a otro. (18) Y es sin question, que la disposición, y voluntad de Doña Maria, es limitada, y de tiempo presente, por las palabras, *que posseo*; y así no puede tener extension a otros bienes, que a los que entonces posea, ni pudieron comprehenderse en esta disposición los futuros.

19 Y aunque huviese usado de palabras generales, no se incluirían, ni comprehenderían mas bienes, que los que estaban en su dominio; (19) pues semejantes palabras, y cláusulas generales, se ciñen a las cosas propias, y no a las ajenas que posea el Testador; como el Padre que nombra a sus hijos herederos por iguales partes, se entiende instituirles en sus bienes propios, y no en los que posea por mayorazgo; a semejanza del Testador que grava al heredero en restituir su herencia, no se entiende de los bienes que posea, y está obligado a restituir por fideicomiso al mismo heredero. (20) Y la razón es; porque los Testamentos, y ultimas voluntades se introduxeron para disponer cada uno de sus cosas propias, y no de las ajenas. (21) Y con

(16)  
Valenzuel. conf. 131. nm. 27. 28. & 29.

(17)  
Valenzuel. conf. 178. n. 4. Leg. scribit 34. §. 1. ff. de auro, & arg. legat. ibi: Quod aliam articulus est presentis temporis demonstrationem in se continet.

(18)  
Valenz. conf. 185. Peregrin. de fideicom. art. 6. n. 12. Simon de Præstis lib. 24. dubit. 2. n. 39.

(19)  
Leg. Lucius 21. §. penult. ff. ad Municip. cap. a nobis, & ibi: Abbas, extra de sent. excom. Fontanell. tom. 1. decis. 48. n. 10. Peregrin. de fideicom. art. 6. n. 11. ibi: Dispositio quâvis generalis debet intelligi de illi, quæ sunt in potestate disponentis, cum sic commode accipi potest.

(20)  
Leg. cum Pater 77. §. Titulo 31. ff. de leg. 2. Leg. 8. Cod. ad leg. falsâ. Fufar. de substit. quæst. 511. Fontanell. decis. 48. n. 11. Peregrin. de fideicom. art. 6. n. 11. Gratian. disp. cens. tom. 3. cap. 554. n. 16. & 27. ibi: Gravatus fideicommissa se, si alium instituit, non videtur illum instituisse in bonis fideicommissi subjectis, & alienari prohibitis, prout etiam pater instituens filios suos heredes, æquæ litem intelligitur illos instituisse in sua successione, non autem in bonis primogenitura ad ipsa hereditate seu iunctis, cum ita presumat, quod quis vult testari de bonis propriis, non autem subjectis fideicommissis, de quibus non potest disponere, nec inter vivos, nec in ultima voluntate. Non obstante quod instituta sit, falsâ verbis univocalibus de ista hereditate, vel de omnibus bonis, cum similibus clausulis, quia dicta verba semper restringantur ad ea quæ sunt de natura dispositionis, cui adhiæntur, & ad casus habentes eandem rationem, & causam, & ad res suas, non alienas. Stante præsertim institutione, de qua agimus, falsâ in omnibus suis bonis, prout etiam solent passim in quibuscumque Testamentis similia verba apponi, tunc enim per istam restrictionem ad bona sua, non comprehenduntur ea de quibus non poterat Testator disponere, & in quibus non habebat dominium, quâvis decessit, tanquam illa non dicantur sua.

(21)  
Leg. verbis 120. de verb. signif. Peregrin. de fideicom. art. 6. n. 14. & 16;

con estos principios se demuestra, que Doña Maria solo comprehendió en su disposición los bienes que posea, porque eran suyos; pero no los bienes de que se trata, porque eran ajenos, y su dominio, y posesión residía en Doña Ana, y Doña Josepha. Pues si esto procede en las disposiciones concebidas con cláusulas generales, qué diremos en nuestro caso, en el qual Doña Maria coartó, y limitó su voluntad a los bienes que entonces posea? Ni estuvo en facultad de la misma, comprehender estos bienes en la citada su disposición, porque sus hijos todos fueron llamados a la sucesión, en caso de sobrevivir al tiempo de las muertes de Doña Ana, y Doña Josepha, que es el prevenido por el expreso Don Rafael, y el mismo que efectivamente aconeció.

20 Y lo dicho se corrobora mas, si se atiende, a que Doña Maria otorgó su Testamento, como tambien Don Rafael, en tiempo de los abolidos Fueros, los quales previenen, que las ultimas voluntades se entiendan a la letra. (21) Y en estos terminos es constante, que Don Rafael expressemente quiso succediesen los hijos de Doña Maria, en caso de faltar la condicion, baxo la qual fue llamada; como igualmente cierto, que ésta no trató de incluir en su disposición los bienes de que se trata, antes si no quiso comprehenderles, pues les excluyó con las palabras claras, *que posseo*, las quales no pueden entenderse de otra suerte, que como fueran, tomándose estrechamente. (22) Conque tenemos, que Don Rafael llamó a todos los hijos de Doña Maria por iguales partes, pues no se las señaló, y Doña Maria no les excluyó, antes dexando de disponer de los bienes de estos fideicomisos, quiso que en ellos se succediese igualmente. (23)

21 Con lo dicho hasta aquí, parece queda evidenciada la justicia de Don Melchor, Sor Juana, y Sor Leonor de Calatayud; y quando las reflexiones insinuadas no se contemplan bastantes a persuadirla; a lo menos es cierto, que sucederán aquellos, no segun la ultima voluntad de Doña Maria; sino es por su derecho propio, en conformidad de los llamamientos, con que arregló su Testamento el citado Don Rafael; en cuya virtud, han deuido suceder todos igualmente, como se demostrará en la segunda parte de este Informe.

PAR-

(22)  
For. 51. rub. de Testament.

(23)  
Menoch. tom. 1. conf. 86. n. 38. ad 42. Gratian. decis. 17. n. 26. ibi: Maxime propter statutum, disponens verba esse intelligenda ad litteram prout iuxta per quod intelligitur exclusa omnis extensio.

(24)  
Leg. nam ex familia §. Rogo. ff. de legat. 2. ibi: Petant omnes leg. cum Pater 77. §. 4. & 29. leg. cum quidam 24. ff. cod. Fontanell. decis. 590. a n. 1. ad 9. Fufar. de substit. quæst. 503. n. 54. Caltill. lib. 2. contro. asp. 6. n. 55. & lib. 4. esp. 36. n. 5.

## PARTE SEGUNDA.

EN QUE SE PROBARÁ, QUE DOÑA MARIA GARCIA de Salat (casa 5.) no cumplió la voluntad de Don Rafael su Padre (casa 2.) aplicando por entero todos los bienes que poseía vinculados, á Don Joseph de Calatayud su hijo (casa 9.) si que devió dividirlos, y repartirlos entre todos; y por consiguiente, que el nombramiento en Don Joseph, fue nulo, insubsistente, é ineficaz, y que todos los hijos de dicha Doña Maria, devieron suceder por iguales partes.

22 PARA el perfecto conocimiento, y verdadera inteligencia de la voluntad del Testador, es preciso tener presente todo el contexto de su disposición, no separadas sus partes, sino es unidas todas; (25) porque como dixo Plinio, (26) el que se acoge á una sola clausula del Testamento, no conseguirá su verdadera inteligencia, á menos que ayudandose con las antecedentes, y subsiguientes; que juntas todas, sin duda manifestarán, y dexarán clara la voluntad ambigua, y dudosa que se pretende interpretar. Este precepto viene de lleno al assumpto; en el qual se advierte un conjunto de circunstancias, que uniformemente manifiestan, devió Doña Maria disponer entre todos sus hijos; por cuyo motivo fe irán glossando separadamente, facendo despues de todo el complexo, la verdadera inteligencia de la voluntad de Don Rafael.

23 Y para la correspondiente claridad, se deve acordar, que éste previno, que en los legados de Doña Maria, se entendiesen repetidos, y expresados desde la primera, hasta la ultima palabra, y no de otra manera, los mismos pactos, vinculos, y condiciones puestos en el de Don Vicente; y tambien, que á éste le impuso obligacion de disponer entre sus hijos, dando al uno mas, y al otro menos, del modo, y manera que le pareciesse, y bien visto le fuesse. Con lo qual fe evidencia, que lo mismo devió practicar Doña Maria con sus hijos, pudiendo dar á uno mas, que á otro; pero siempre del modo, y manera, que le pareciere, y bien visto le fuere. De lo que se infiere,

(25)

Cujac. consuls. 5. ibi: Totum tenorem Testamenti spectare convenit, si quis velit perspicue videre. Casan. cons. 45. n. 27. ibi: Ex toto contextu dispositionis colligitur illius sensus. Interpretatio qualis fuerit. Castill. lib. 4. cap. 50. n. 133. & 17. Larrea decif. 53. n. 10. Card. de Luc. de fideicom. discurs. 71. n. 12. Poth. de majorat. tom. 2. cap. 10. n. 2. Torre tom. 2. quæst. 33. n. 64.

(26)

Epist. 5. lib. 2. ibi: Ut si qui avulsam statua caput, aut membrum aliquod inspicit, non potest ex illo congruentiam equalitatemque deprehendere: sic qui Testamenti alicujus partem dumtaxat arripuerit, veram ejus sententiam plerumque non assequatur: cum ex subsequentibus, si tum præcedentibus, & ante gestis considerantur, ambigui, vel obscuri sensus veritas elicitur.

re, que Don Rafael le mandó dispusiera de sus bienes, con arbitrio regulado, manifestado por las palabras, como le pareciere, y bien visto le fuere, que son las que le denotan; pero de ninguna manera son manifestativas de libre facultad. (27) Y esta opinion es tan corriente, y segura, como que no ay Autor que trate del assumpto, que no sea del mismo dictamen, sin aver alguno que diga lo contrario. Y á la verdad, que si se reflecta en semejante modo de hablar, se formará una idea clara de esta realidad; porque las palabras, bien visto le será, se componen del adverbio bien, que es de tal calidad, y naturaleza, que aviendo duda en si la facultad concedida es libre, ó regulada, la remueve, y aparta, haciendo que se entienda conforme al arbitrio de varon cuerdo: (28) en cuyos terminos, no puede aver cosa que parezca bien, sino el arbitrio regulado á derecho, razon, y equidad.

24 Y aunque en la referida disposicion huviesse palabras, que fuesen significativas de muy ampla voluntad, como si huviera dicho Don Rafael, que dispusiera Doña Maria á su beneplácito, importarian arbitrio de buen varon (29): Luego con mayor razon procederá esto en nuestro caso, en el qual se hallan las clausulas manifestativas de arbitrio regulado. Estas tienen tal eficacia, y son de tal calidad, y naturaleza, que restringen, y modifican las que preceden, y las coartan, y convierten en regulado arbitrio (30). Y esta restriccion se

D

(27)

Leg. 11. §. 7. de legat. 3. ibi: Si utili tibi fuerit visum, vel creditur, debetur. Non enim plenum arbitrium voluntatis barati dedit, sed quasi viro bono fideicommissum vellet. Leg. 46. §. 3. ff. de fideicom. libere. ibi: Nam, & cum libertatem debet placuit: si tibi creditur, pro manumissis, ita enim hoc accipiendum, si tibi quasi viro bono videbitur. Gratian. discept. forens. tom. 4. cap. 755. n. 15. Noguierol. allegat. 9. n. 82. Paz de tenet. cap. 34. n. 137. Surd. decif. 272. ex n. 15. & 381. ex n. 33. Card. de Luc. de fideicom. discurs. 58. n. 4. Barbos. diction. 424. n. 1. Fular. de subfist. quæst. 503. ex n. 58. Peregrin. de fideicom. art. 33. n. 65. Ciriac. controver. 548. n. 19. ibi: Sicuti etiam quod facultas data per verba importat arbitrium boni viri, non autem liberam dispositionem, qualia sunt, prout tibi placuerit. Torre de majorat. part. 2. quæst. 12. num. 6.

(28)

Padilla in leg. 1. de legat. 2. n. 15. Gratian. discept. forens. tom. 4. cap. 755. n. 16. & 17. Sciss. tom. 1. decif. 45. n. 15. Palma Nepos tom. 2. allegat. 126. á num. 22.

(29)

Fontanell. de palli nupt. claus. 4. gloss. 25. n. 28. & 37. Gratian. discept. forens. cap. 791. n. 13. Cortiad. decif. 129. n. 98. Larrea decif. 2. n. 16. ibi: Scius viri voluntatem, qui debet cum equitate, & iustitia mitti, ut verbum coloris non liberam, & absolutam voluntatem recipiat, sed arbitrium boni viri. Cavalecan. decif. 36. n. 38. part. 2. ibi: Qui omnes tenet quod verba quicquid voluerit, & placuerit reducantur ad arbitrium boni viri. Tortiol. conf. 36. n. 68.

(30)

Noguierol. allegat. 9. n. 82. ibi: Nam ante dicta verba inveniantur alia, que qualificent, & restringunt potestatem Doctores del Campo, ibi: En la forma, y con los cargos, vinculos, y sucesiones, y llamamientos que le pareciere, & verbum videbitur, significat arbitrium regulatum, & non absolutum.



34 adelanta; porque en buena Jurisprudencia, qualesquiera palabras, que denotan libre facultad, deven ceñirse, y regularse, si por ellas se causa perjuicio à tercero, como aqui se figuria à Don Melchor, Sor Juana, y Sor Leonor de Calatayud (31). Añadese à lo dicho, que aquel que dispone por obligacion que otro le impuso, siempre deve hacer lo à juicio de buen varon, aunque se le de libre facultad para ello. (32) Conque de qualquier modo que se contemple esta disposicion, siempre se entenderà regulada la facultad, que por ella se concedió à Doña Maria; y aunque en ello huviesse alguna duda, que no la ay, nunca se podrá entender concedida libertad absoluta de disponer; porque aviendo duda, se presume cometido arbitrio regulado. (33) Y esto procede con especialidad, advirtiendo, que en esta disposicion no se hallan aquellas clausulas, que tan frequentemente se solian poner en los Testamentos de los passados fueros, que denotan libre facultad, como son, *dando à uno mas, à otros menos, y à otros nada*.

35 Pero se ha de advertir, que lo referido procede en los terminos, que se huviesse concedido facultad de elegir, que es el caso en el que podria aver alguna duda; y aun en el sientan los Autores, que el arbitrio concedido, es regulado al de buen varon; y la disposicion de Don Rafael, se halla concebida en otros terminos, y circunstancias, y pues impuso à Doña Maria obligacion de disponer entre sus hijos; y ay notabilísima diferencia entre estos modos de hablar: *Con facultad ay notabilísima diferencia entre estos modos de hablar: Con facultad de elegir; con obligacion de disponer*. Facultad, importa libertad; y de elegir; con obligacion de disponer, es preciso que uno se tome, y los chos; de fuerte, que si ay uno solo, no podrá aver eleccion. (35) Y tambien para verificarse esta, es preciso que uno se tome, y los demás se dexen; (36) así dezimos: Entre los del concurso, Pedro fue elegido para la dignidad. Y en nuestro caso, nada de esto milita; porque obligacion, no solo se distingue de facultad, sino es que

(31) Noguerol, allegat. 9. n. 85. Cortiad. decis. 129. n. 99. ibi: *Siquidem omnia verba liberum arbitrium importantis, restringi debent ad arbitrium boni viri; si ex eis prejudicium tertii resultat.*

(32) Paz. de tenut. tradit. 1. cap. 34. n. 137. ibi: *Et si quod quis alieno nomine facit, arbitrio boni viri facere debet, & si libera potestas data fuit.* Barbof. vot. 65. nm. 3. 4. & 5. lib. 2. Cortiad. decis. 129. n. 100.

(33) Barbof. vot. 65. n. 12. lib. 2. Paz. de tenut. part. 1. cap. 34. n. 137. vers. *Et de aliis.* Noguerol, decis. allegat. 9. n. 86. Cortiad. decis. 129. n. 95. & seg.

(34) S. 1. instit. de jur. Personar. Pectus: *An quisquam est alius liber, nisi ducere vitam cui licet, ut voluit?*

(35) Averan. interpret. jur. lib. 5. cap. 15. n. 12. ibi: *Tum quia electio non potest dari nisi inter plura, Quid potest eligere Sempronius, cui solus fletus legatus est? Quid Maullus, cui legatus est solus Pamphilus? Sunt hæc absurda.*

(36) Leg. legato 37. ff. de leg. 1. Leg. quotiens ferui 2. ff. de option. vel elect. legat.

se opond, pues denotando esta libertad, como queda dicho, importa aquella precision. (37) Y lo mismo procede entre *elegir*, y *disponer*, pues esta ultima palabra à nadie excluye, antes si, à todos comprende; y puede verificarse, aviendo uno solo en quien disponer; quando elegir unicamente tiene lugar, aviendo concurso de muchos, y dexando algunos.

26 De lo dicho se convence, que el arbitrio con que Don Rafael mandò à Doña Maria dispusiesse de sus bienes, fue regulado à equidad, y conforme à razon; pues quando en ello pudiera aver duda, quedaria esta del todo desvanecida, atendidas las otras palabras con que ordenò su disposicion. Previno pues, que Doña Maria dispusiesse entre sus hijos, de cuyo discretivo modo de hablar, se deprehende llamamiento de todos; porque esta diction *entre*, en latin *inter*, no solo tiene respeto à uno, sino es que mediante ella, se deve tener consideracion à todos aquellos à quienes mira: (38) y no basta que uno solo sea elegido, y nombrado, para verificar su naturalza, y significacion, porque es preciso concurren muchos, y todos tengan parte. (39) Añadese, que las palabras de los Testadores se deven entender, segun el uso que de ellas se hace, y en la significacion con que comunmente se toman. (40) Y no cabe duda, que por el modo de hablar, *aya de disponer entre sus hijos*, se entienden comprendidos todos, porque en este sentido se toma comunmente semejante locucion; y si Don Rafael no huviera querido comprehender à todos, no se huviera valido de ella, sino es que huviera usado del proprio modo de hablar para semejante caso, diciendo: *Aya de disponer en sus hijos*, que es el propiísimo, para significar la ninguna necesidad de disponer en todos.

27 Pero como su animo fue, que ninguno quedasse excluido, no lo practicò así, antes confirmò mas el llamamiento de todos, añadiendo las palabras, *dando à uno mas, y à otro menos*; las mas proprias,

(37) Princip. Institut. de obligat. ibi: *Obligatio est juris vinculum.* D. Ambros. Instit. de Nabute, cap. 10. ibi: *Quid tibi vis cum libro, & charta, & signaculo, & scriptura, & vinculo juris.* Et in lib. de Tobia, cap. 3. *Itaque prius cum Chirographis ligat, & adstringit eorum sua verbis.*

(38) Barbof. de diffion. diffion. 155. ibi: *Dictio inter distributiva est, que operatur, ut omnes quot respectu in dispositione, considerati dicantur.* Leg. inter partes 38. ff. de re judicat. Menoch. conf. 100. n. 78. Octav. Vulp. de prepos. & adverb. signif. sub dic. interdic. vers. *Inter, pag. 51.* Card. Seraph. Rota Rom. decis. 874. num. 4.

(39) Leg. 77. §. 4. ff. de legat. 2. ibi: *Viriles autem inter eos fieri.* Leg. 19. ff. de re judic. Cancr. variar. part. 1. cap. 8. n. 203.

(40) Malcard. de probat. conclus. 1265. n. 31. Flamin. Parif. de resq. lito. 2. lib. 11. q. 1. m. 4. Gratian. discip. for. cap. 34. m. 16. Leg. liberos 53. §. *Quid tamen Cof. sine 4. ff. de leg. 3. leg. cum de Lantoni 18. §. Item Caracab 3. ff. de fund. inst.*

prias; y claras para dar à entender, que en sus bienes sucediesse muchos, y no uno solo; porque si permitid dar à uno mas, explicò tambien que otro tuviesse menos; y esto ultimo no puede verificarse, teniendo todo el primero, en el qual no cabe, ni puede contemplarse el mas, teniendo todos los bienes; y siendo así, falta el cumplimiento de la otra parte, pues ninguno tendria menos, sino es que tendria nada. Y se adelanta mas este concepto, porque se valió de la dición y, cuya naturaleza es unir lo antecedente con lo siguiente; (41) y no como quiera, sino que es preciso el concurso de los dos medios que abraza: (42) de donde se sigue, que devió verificarse el mas, y el menos, para cumplirse enteramente la voluntad del citado Don Rafael.

28 Quiso tambien, que sus bienes se dividiesse, y distribuyessen entre muchos; y dirigiendose su locucion à éstos en numero plural, no pudo verificarse en Don Joseph solo, si en todos los hijos de Doña Maria, por la naturaleza, y eficacia de la locucion plural. (43) Y aunque algunos Autores defienden, que concedida la facultad de elegir à muchos, puede recaer la eleccion en uno solo; pero al passo que no nos hallamos en terminos de eleccion, sino es de disposicion, son muchísimos mas los que siguen la opinion contraria, y de mas nervio, y eficaces sus razones, que podrán verse en los mismos. Y la opinion de aquellos podrá tener lugar en el caso, que no huviesse otra prueba para arguir la sucesion de muchos, que el llamamiento en numero plural, pero no en el nuestro; en el qual, quantas palabras, clausulas, y razones vienen insinuadas, no manifiestan otro, que la precisa sucesion de muchos. Y si no, hagase reflexion en el regulado arbitrio, con que Don Rafael quiso dispusiera su hija Doña Maria las palabras, entre sus hijos, de que se valió: el dar à uno mas, y à otro menos. Y con singularidad, si se atiende à la naturaleza de este fideicomiso, se verá que es familiar, como se infiere de lo hasta aqui

(41)

Natt. conf. 573, n. 14. tom. 4. Paris. conf. 95, n. 6. vol. 1. conf. 63, n. 14. vol. 1. Thesaur. decif. 189, n. 1. Menoch. conf. 56, n. 95. Decius conf. 89, n. 2.

(42)

Narbon. in leg. 26. gloss. 5, n. 26. lit. 22. lib. 4. recopil.

(43)

Leg. 1. ff. de option. legat. Leg. 217. §. 1. ff. de verb. signif. cap. 4. de reg. jur. in 6. Sord. decif. 210, n. 9. Torre de majorat. tom. 3. decif. 18, n. 88, ibi: Vocatio enim heridum in numero plurali verificari non potest in uno. Padill. in leg. unum ex familia 67. §. 5. ff. de legat. 2. n. 8. Folat. de subfist. quaf. 358, n. 11. ibi: Quod si conditionaliter est facta mentio de pluribus, conditio verificatur in uno, aut dispositio. & requiratur consensus plurium. Citiac. tom. 3. controuv. 543, n. 50. ibi: Tamen in proposito casu ex his data erat dispensandi omnibus, vel cui de finitio filii fuerit facta, quia facultas data erat dispensandi inter filios intestatus, & in numero plurali: unde si reliquisti uni tantum, non est ut verum, quod disposuisset inter filios, quia plurali numerum non verificatur in uno, & non sufficit eligere unum, quando distributio fuit demandata inter plures.

aquí expuesto; y aun se evidenciará mas en las satisfacciones, que se darán à las objeciones contrarias, y por consiguiente, que Don Rafael llamó à todos; porque de la naturaleza de la disposicion, se desprende la voluntad del Testador (44) siendo constante, que qualquiera disposicion, ó bien sea testamentaria, ó de contrato, se presume conforme à la naturaleza de el acto practicado, y de ello se induce interpretacion de la voluntad de los Testadores, y de ello se induce Y sucediendo en el fideicomiso familiar, todos los de un grado, en contraposicion de el mayorazgo, en el qual solo puede suceder unos (46) se infiere, que devieron suceder en este fideicomiso todos los hijos de Doña Maria; y así siempre se verifica, que en nuestro caso el numero plural, no se puede cumplir en el singular.

29 Todo lo dicho resulta de las palabras de la disposicion de Don Rafael, que se deven tomar en el sentido proprio, natural, comun, y segun el uso, (47) como no resulte de ello cosa contraria al fin del tad: de fuerte, que para apartarse del sentido literal, son menester unas gravísimas, evidentes, claras, y ciertas congeturas, probando conabrazas, (48) y nada de esto se observa en nuestro caso, ni se advierten congeturas que lo persuadan.

30 Se confirma lo mismo, si se repara, que la disposicion del referido Don Rafael, se deve gobernar por los antiguos Fueros de este

E

Rey-

(44)

Castill. lib. 5. controuv. cap. 131. n. 2. Latreca decif. 34, n. 19. Torre de majorat. tom. 1. cap. 38, n. 456. & 457.

(45)

Menoch. lib. 3. presump. 38. per tot. & lib. 6. presump. 10. Gratian. discept. forens. 666. à n. 12. Castill. lib. 5. controuv. cap. 86. & 87. Casanari. conf. 43, n. 74.

(46)

Torre de majorat. lib. 1. cap. 4. n. 27. Molin. lib. 1. cap. 1. n. 7. & cap. 5. n. 2. vers. Cum enim majoratus, & vers. Nihil magis ex diametro.

(47)

Leg. librorum 51. §. Quod tamen 4. ff. de legat. 3. Leg. cum de tandem 18. §. Item encador 3. ff. de fund. inst. Petregrin. de fideicom. art. 11. n. 4. Hotat. in Art. Peet. ibi:

Quem penes arbitrium est, & juri & norma loquendi.

(48)

Leg. 69. de legat. 3. ibi: Non alter à significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestissimum est aliud sensisse testatorem. Leg. 5. lit. 33. part. 7. ibi: Fuit ergo, controuv. 56, n. 80. ibi: Attamen hujusmodi coniectura debent esse evidenter, alias à propriitate significatione verborum recedendum non est. Torre tom. 1. cap. 8, n. 24. Castill. lib. 4. cap. 8, n. 17. & lib. 5. cap. 143, n. 45. ibi: Ita demum intelligendum est, dummodo coniectura ipsa legitima, probabilis, iurificta, & vult manifeste sint, & qua concludant per nomen collectivum, aut indistinctum. lib. 3. lit. 19, n. 13. Malcard. de probat. consil. 1136, n. 13. Ruben de decif. 631, n. 134.

Reyno, los quales se devian entender à la letra (49) è igualmente las disposiciones de los hombres, que son leyes particulares, (50) tambien se deven entender literalmente, segun Leyes de Partida, (51) Municipal, (52) y Comun. (53) Y con razon, porque no ay testigos mas intrinsecos de la voluntad del Testador, que sus mismas palabras; y lo que estas explican, y manifiestan, se entiende quiso aquel, que hablo con ambigüedad. (54) Y à la verdad, que siendo las palabras unas seriales externas, inventadas por los hombres para vivir civilmente, comunicarse reciprocamente los pensamientos, y dar à entender la voluntad, la qual si pudiera comprehenderse sin palabras, serian estas del todo ociosas; (55) ya se dexa ver quanto sirven para prueba de la voluntad; no por lo material de la voz, tomada por si sola, ò in abstracto, sino es, porque la tal voz es manifiesta por el instrumento de la tripteta; esto es: la voluntad se manifiesta por el instrumento de la voz, que son las palabras: (56) luego lo que estas explican, es lo cierto de la voluntad. Y esto procede de tal modo, que si el Testador fuesse mudo, le suplirian las acciones, y conato de hablar, la falta de las voces para explicarse. (57) Por manera, que no hubo otro fin, ni causa para inventar las palabras, que para que sirviesen de instrumentos, con

(49)  
For. 4. in proam. foror. for. 2. rub. de accusat. for. 14. Curiam annu 1645.  
Privil. 37. fol. 21. & Privil. 65. fol. 19.

(50)  
Collat. 4. de Nuptiis, cap. 2. ibi: Disponat itaque unusquisque super suis, ut dignum est, & sit lex ejus voluntas. Valenz. consil. 87. n. 34. Antun. Portug. lib. 2. cap. 11. n. 62.

(51)  
Leg. 5. tit. 33. partit. 7. ibi: Las palabras del fasedor del testamento deven ser en tendidas llanamente nisi como ellas suenan.

(52)  
For. 51. rub. de testam. ibi: Las cosas en aquellos contenidas, sean executadas, y cumplidas, segun en aquella sera contenido, y ordenado.

(53)  
Leg. ille 25. §. 1. leg. 69. de legat. 3.

(54)  
Leg. Nepos 125. ff. de verb. significat.

(55)  
Cic. pro A. Cacin. ibi: Voluntas, qua si tacitis nobis intelligi possit, verbis omnino non uteremur: Quia non potest, verba reperta sunt, non qua impetres, sed qua indicarent voluntatem.

(56)  
Leg. Labeo 7. §. Servolus 2. ff. de supplet. legat. ibi: Nam quorum nomina, nisi in demonstrarent voluntatem dicentis.

(57)  
Dist. leg. 7. §. Servolus 2. de supplet. legat. ibi: Inarticulata voce dicere existimamus. Quidam. lib. 11. Orator. cap. 13. Caliodor. lib. 4. varior. cap. 50. ibi: Hic sunt addita horislarum loquacissima manus, linguosi digiti, silentium clamor, expositio tacita, quoniam Musa Polygona reperisse narratur, ostendens homines posse & sine oris affatu suum velle declarare, &c.

con los quales se manifestasen los pensamientos de los hombres. (58)

31. Y teniendo presentes estos fundamentos los antiguos Jurisconsultos, siempre decidian, y determinavan las causas, siguiendo en todo las palabras, y orden de la Escritura, teniendo por impermitido el apartarse de ellas. (59) Defendia Gato Aquilio, tratandose del interdicto unde vi, que era imposible echar à nadie de aquel lugar, en donde antes no estava; esta razon era la que mas se oponia à Ciceron, en la causa de A. Cecinna, que unicamente la motivavan la propiedad de las palabras. (60) Ebuicio confesava, que avia apartado del Campo à Cecinna, pero no que le huviesse arrojado de el; porque con hombres armados avia prohibido el ingreso, lo que seria cosa distinta de arrojarle estando ya en el Campo, y por consiguiente, que no le obligava el interdicto, el qual mandava restituere defectum, non ejectum. Y es digno de credito Ciceron, porque esta autoridad, y opinion que refiere, era contraria à la causa que patrocinava.

32. De aqui se deduce, que quando las palabras son claras, y no ay duda en ellas, como sucede en la disposicion de Don Rafael, no se admite question de voluntad. (61) De manera, que para dexar, y apartarse de las palabras, no basta que aya duda en la voluntad, sino que es preciso sea manifiesta. (62) Y asi dixeran bien Ciceron, y otros, que en semejantes assumptos, no deve mirarse otra cosa, que la Escritura. (63) Y à la verdad, que dexadas las palabras, es dificultosissimo el acierto, porque entonces ni se sigue lo escrito, ni tampoco lo que quiso el Testador; y asi, quanto mas se quiere interpretar

(58)  
Averan. Interpret. jur. lib. 3. cap. 18. n. 11. Cornific. ad Heren. lib. 2. neque enim tantopere laboramus in exploranda verborum significatione, nisi ut mentem feribentis assequamur.

(59)  
Leg. ille, aut ille 25. §. 1. ff. de legat. 3. ibi: Cum in verbis nulla est ambiguitas, non est admittenda voluntatis questio. Leg. 4. ver. Quod si quis. ff. de legat. 1. Leg. quoties 9. §. 1. ff. de heredib. instit. Leg. si alii 19. ff. de usufruct. leg.

(60)  
Cic. in Oraz. pro A. Cacinna.

(61)  
Leg. ille, aut ille 25. ff. de legat. 3. Peregrin. de fidelcom. art. 11. n. 2. ibi: Cum verba sunt clara, standum est dispositioni importata per verba nec alia admittenda voluntatis questio, nec conjecturis agendum.

(62)  
Averan. Interpret. jur. lib. 3. cap. 19. n. 1. ibi: Ut à verbis recedatur, non sufficit, ut de voluntate possit disputari, sed oportet tam esse manifestum. Si manifesta non sit, si levis conjectura nitatur, non est audiendus qui verba cavilatur, & rim perspicuum vocat in disputationem: Non est admittenda voluntatis questio.

(63)  
Cic. de invent. ibi: Nihil rei qui judicant, nisi id quod scriptum sit spectare oportet. Deheret disert. 1. lib. 2. n. 28. ibi: Testator in sepulchro est, liquet usque, mentem tabulis concredidit, inde ipse loquitur: Aperiantur illa, & quod clara voce sonant recitamus quod non sonit voce sonant: Nihil valet imaginatio, & ejus voces veriditas, ubi veritas, ex verbis ostenditur. Ille quidquid suppletur ab inique est.

tar su mente, tanto mas se aparta de ella, (64) anteponiendo por este medio lo dudoso à lo cierto. (65) Es digno de verse el celebre Joseph Averanio, Cathedratico de Pissa, que esfuerza este partido con la solidez, erudicion, y hermosura que acostumbra. (66)

33 Y por otros medios se convence tambien, que Don Rafael quiso succediesen en los bienes, que legò à Doña Maria, todos sus hijos; porque aquel à quien se le dió facultad de disponer de algunos bienes del Testador, deve practicar lo mismo, que este viviendo huviera dispuesto, y ordenado, (67) conformandose uno, y otro con la disposicion de la Ley. (68) Y si se atiende à lo que practicò viviendo el citado Don Rafael, se vendrà en conocimiento, que quiso perteneciese à todos los hijos de Doña Maria, la porcion que à esta la legò; porque los bienes que aquel tenia, les dividió, y distribuyó entre todos sus hijos. (69) Luego se presume, que lo mismo quiso practicasse Doña Maria con los suyos.

34 A mas de esto, Don Rafael (casa 2.) legò los controverfos bienes à Doña Maria (casa 5.) usando de la facultad, que le avria con-

(64)

Averan. ubi sup. n. 3. ibi: Plerumque enim, nec id quod scriptum est sequimur, nec id quod voluit Testator. Conjectura enim admodum fallaces sunt eaque nunquam venerunt in mentem Testatori. Itaque cum volumus mentem retrosum testatoris indagare, ab ea quam longissimè recedimus. Cic. de Clar. Orat. Quam capisum esse Populo, quod scriptum esset, negligi, & opinione queri voluntates, & interpretatione differtorum, scripta simplicium hominum pervertere.

(65)

Cic. in partit. ibi: Cur cum ea quae plane scripta sunt neglexit; quae nunquam scripta sunt proferat.

(66)

Averan. ubi sup. n. 1. ibi: Utinam hoc nostri iudices observarent, quantum multitudine litium minueretur? Quor controuersia facillimè dirimerentur? Hinc seget uberrima cavillationum, disceptationum, contentationum forensium, quae in infinitum progreduntur, quae non solum emungunt, sed etiam excoquant miseris litigantibus. Gravis morbus, & in dies ingravescens: Nulla enim potest adhiberi medicina, quia maxilimum in foro consuetudinis affert emolumentum. Et n. 4. ibi: At verò quod sine deplorandum est, non solum jamdiu consueverunt, sed etiam omnes fieri causae, ad conjecturales redeunt: Adeoque nullis vinculis in iudicando coartantur: Immensum est conjecturarum pelagus, in quo enavigando quilibet iudex à proprio ingenio profectam Cynosuram spectat, & contuetur. Sed haec ratio, quantum conjectura possum augurari, nullam in animis iudicum habebit vim persuadendi.

(67)

Leg. cum servus 82. ff. de condit. & demonstrat. ibi: Nam quod ipse vivens factum erat, ab heredibus suis fieri iussu intelligitur. Valenz. conf. 87. à n. 67. & conf. 103. n. 18. conf. 119. n. 114. & conf. 130. n. 53. Vela differt. 47. n. 54. Arias de Meca lib. 2. varlar. resoluit. cap. 2. n. 3.

(68)

Leg. si duo 38. de adquirend. heredit. Leg. heredes mei 57. §. 1. ad Senat. Conf. Tribil. Castill. lib. 4. controu. cap. 35. n. 19. & 20.

(69)

Es literal en el citado Testamento, y Codicilos, en los quales dexò à todos sus hijos diferentes propiedades,

concedido Don Jayme Garcia de Salaz su Padre (casa 1.) de disponer entre sus hijos; y la expleto, repartiendo los bienes que le dexò entre todos. (70) Y siendo así, que con esta misma obligacion, y gravamen, legò su porcion à Doña Maria; es de creer, que esta dexò tambien dividir, y repartir los bienes que le pertenecieron, entre todos sus hijos; pues aunque huviera duda, en si este modo de hablar, entre sus hijos, y demás que vienen referidos, deverian comprehendere à todos; la desvanece la inteligencia, que en la practica diò Don Rafael, no dexando de comprehendere en su disposicion à ninguno de sus hijos.

35 Todas las razones hasta aora insinuadas, pruevan claramente, que el citado Don Rafael previno la division de sus bienes; y en estos terminos, se manifesta su voluntad absolutamente repugnante la successión en Don Joseph solo: y la razon consiste, en que se oponen en un todo la division de bienes, y successión de uno; (71) pues nunca se podrá componer, que dividiendose, y repartindose los bienes entre muchos, sea uno solo el llamado à ellos.

36 Hagase aora reflexion de todo lo expuesto, y se verá, que las razones insinuadas, persuaden evidentemente el derecho de succeder por iguales partes en todos los hijos de Doña Maria. De cada una de ellas tratan separadamente los Autores, y las tienen por bastantes para lo que viene fundado, como puede verse en los que se han traído para su apoyo. Y quando esto no satisficiese à todos, porque como dixo Perlio, los sentimientos de los hombres son diferentes, y à unos agrada, lo que à otros displice; (72) à lo menos es cierto, que lo que separadamente no prueba; junto todo, convence el assumpto por aquella regla: Singula quae non profunt, cuncta juvant, (73) sacada sin duda, de lo que antes, y con juicio, aunque à otro assumpto, insinuò Ovidio. (74) Y si esto procede en las conjeturas, que uni-

F

Resulta de la referida disposicion de Don Rafael.

(70)

Roxas de incompat. part. 1. cap. 7. n. 34. Torre tom. 2. qua. 32. num. 23. & quest. 43. n. 12.

(71)

Perf. Sat. 5.

Mille hominum speciei, & rerum discolor usus.  
Velle suum quique est, nec voto civitatis uno.

(72)

Leg. spadonem 15. §. qui iura 11. ff. de extenat. tutor. Leg. instrumenta 5. Leg. rationes 6. Cod. de probat. Cald. Pereyr. in leg. si Curatorem 3. vif. sua facili- tate, n. 59. & vif. Tamen hac duo, C. de in integ. vif. minor. Menoch. conf. 284. n. 43. Sord. conf. 245. n. 31. & conf. 329. n. 20. Eatinac. in praxi trium, p. 4. conf. 39. n. 1.

(73)

Ovid. lib. 2. de remed. Amor.

Forfitan haec aliqui (nam sunt quoque) parva verba  
Sed quae non profunt singula multa juvant.  
Tu tantum numero pugna praecipue in annum  
Contrahi, de multis grandis acerbis est.

(74)

das todas pruevan; (75) qué diremos en nuestro caso, en que no son conjeturas, sino es argumentos eficacísimos? Siendo constante, que quanto viene referido, son pruebas claras deducidas de las palabras de la disposición; no se halla cláusula en ella, que no hable de muchos; no ay palabra, que no se aya de impropriar para significar uno solo; y ulimamente, quanto abraza en sí la referida disposición; ò mirese por partes separadas, ò toda junta, como previno Ciceron, (76) no manifiesta otro, que una voluntad clara, cierta, y determinada, que apetece la sucesion de muchos, contra la qual no ay argumentos, ni conjeturas, que no sean despreciables. (77)

37. Yá se vé, que baxo este concepto, devió Doña Maria distribuir los bienes, de que se trata, entre todos sus hijos, como lo pide el arbitrio de varon cuerdo; es decir: *ex bono*, & *equo*, y segun lo mismo que qualquiera querría, que en él se hiciese. (78) Y nunca sería conforme à razon, excluir à alguno, así como uno no querría ser excluido; si que antesbien la exclusion de qualquiera de los hijos, sería arbitrio impio, contrario à razon, è iniquo, y no regulado al de buen varon, ni *ex bono*, & *equo*, como lo pide éste. (79) Pero Doña Maria no lo practicó así, pues todos los bienes que posehia vinculados, y de que no podia disponer libremente, que son los mismos de que se trata, les aplicó à Don Joseph su hijo, y estando obligada, como queda dicho, à distribuirles entre todos: es visto, que su disposición fue nula, insuficiente, è ineficaz; (80) por- que

(75)

Castill. lib. 5. contro. cap. 143. n. 45. Torre de majorat. tom. 1. cap. 8. n. 24; Leo decif. 60. n. 26. Maldon. in adit. ad Molin. lib. 1. cap. 5. n. ultim.

(76)

Cic. lib. 1. Rhetor. ibi: *Et tam ipsam scripturam, in qua habetur illud ambiguum, de quo queritur, totum amoluit, ex partibus perscrutans.*

(77)

Palma Nep. tom. 3. decif. 274. n. 13. cum duob. seq. Gabr. conf. 116. n. 17. lib. 2. Larr. decif. 53. n. 12. & 17. Bonfin. de jur. fidelcom. tit. 1. disp. 2. n. 3. ibi: *Unde ad quid tempus terere, singulas testamenti partes perscrutando, latebras, que conjurarum, plusquam oportet, rimando, dum Testator apertam sibi legem dixit, & glossas omnes, atque interpretantium subtilitates studuit declinare?*

(78)

Palma Nep. tom. 2. allegat. 126. à num. 22. vers. 1. Valenz. conf. 92. n. 111; S. de tom. 1. decif. 45. n. 16. ibi: *Arbitrium autem boni viri dicitur quod ratione moderatur, & intelligitur illud, quod qui in rebus suis faceret, vel quod, si bi fieri vult.*

(79)

Merr. de claus. part. 5. claus. 1. n. 12. Barbol. claus. 3. n. 8. Cardin. de Luc. de fidelcom. difens. 57. n. 20. Ciciac. contro. 548. n. 39. ibi: *Decedit, quod ut dixi, facultas ipsa dispensandi, fuit data per verba importantia arbitrium boni viri, quod nique non fuisse arbitrium bonum, sed iniquum excludendo omnino alterutro filio.*

(80)

Cardin. de Luc. de fidelcom. difens. 57. n. 11. ibi: *Posita vero contraventione forma, praescripae per testatorem de consequenti resultat actum haberi pro infidelo.*

que lo mismo es elegir inutil, ò nulamente, que no elegir. (81)

38. Y en estos terminos es sin disputa, que todos los hijos de Doña Maria devieron succeder à Don Rafael su Abuelo por iguales partes, pues la voluntad de éste no se anula, ni queda sin efecto, por no aver dispuesto Doña Maria, como le estava mandado, si que la Ley suple el defecto del Comissario, admitiendo à todos los que eran admifsibles, por iguales partes. (82) Y la razon consiste, en que Don Rafael llamó à muchos, sin distinguir entre ellos, y por consiguiente, à ninguno prefirió; y no aviendo preferencia, son llamados todos à la porcion viril, que es la igual. (83)

### OBJECCION I.

39. Consiste, en que Doña Maria dexó à Don Melchor de Calatayud 100. lib. en cada un año, durante su vida, para sus alimentos; y à las referidas Doña Maria Manuela, y Doña Vicenta Maria, aora Sor Juana, y Sor Leonor de Calatayud, 1000. lib. à cada una, para tomar estado; y en caso de ser el de Religiosas, 25. lib. mas todos los años, durante sus vidas. Y si aconteciesse, que Don Joseph de Calatayud llegasse à succeder en el vinculo, que posehia Don Vicente Garcia de Salat, quiso se aumentasen los referidos alimentos, dando à Don Melchor 50. lib. mas; y à dichas Doña Maria Manuela, y Doña Vicenta Maria, hasta 40. lib. de renta en cada un año, y durante sus vidas.

### SATISFACCION.

40. Este argumento se desvanee con lo mismo que queda fundado; pues siendo cierto, que Don Rafael quiso dispusiera su hija Doña Maria, con arbitrio regulado, devió ésta dexar propiedades à todos sus hijos, y no cumplió, ni con los alimentos infirmados, ni con las mil libras que mandó à dichas Doña Maria Manuela, y Doña Vicenta Maria de Calatayud, para tomar estado: y la razon es manifiesta; porque aquel que tiene obligacion de disponer, con arbitrio de

(81)

Menoch. conf. 230. n. 13. Valenz. conf. 32. ex num. 31. Sarr. conf. 379. n. 1. Fontanell. decif. 527. num. 7. ibi: *Dicitur iste electionem Commissarii, si tanquam nullam, & viciolam habendam fore pro non electi. Acceptabimus, &c.*

(82)

Leg. unum ex familia 67. §. rogo 7. ff. de legat. 2. Leg. cum quidam 24. Leg. cum Paier 77. §. 4. & 25. eodem. Fontanell. decif. 590. à num. 1. ad 9. Ciriaco. contro. 548. n. 64. ibi: *Unde si Dominus Bernardinus non observasset mandatum D. Joannis, non resolveretur dispositio, sed lex ipsa adimplet, admittenda omnibus qui petierant, vel debebant eligi, & nominari.*

(83)

Paul. Sentent. lib. 3. tit. 2. §. 3. ibi: *Libertorum hereditas incipit, non in stirpe dividitur: Et ideo si unus Patronus duo sunt liberi, alterius quatuor, singuli viriles, à se aequales portiones habebunt.*

de buen varón, aunque no debe guardar una total igualdad en el repartimiento de los bienes; pero a lo menos, es preciso que dexe parte, para que se entienda cumplido el arbitrio; (84) y ni los alimentos, ni dotes son parte del fideicomiso, que fundó el expresado Don Rafael, sino es la Alqueria, tierras, y censos, de que se trata en autos.

41. A mas de esto, el Fideicomisario no cumple de otra manera la voluntad del Testador, que bolviendo, y restituyendo lo mismo que le mandó; porque la substitution se entiende hecha en aquellos mismos bienes, en que está concebida la institucion, que la precede. (85) Luego es visto, que Doña Maria debió precisamente dexar propiedades a todos sus hijos, para satisfacer, y cumplir la voluntad de Don Rafael; pues siendo cierto, que aquellos suceden por derecho de substitution, es conseqüente que sea en los mismos bienes contenidos en la institucion.

42. Y esto mismo es expreso en el Testamento del referido Don Rafael. Previno éste, que los hijos en quienes huviesse dispuesto Doña Maria, tuviessem asimismo obligacion de disponer entre los que tuvieren legitimos, de la porcion que les cupiere por llamamiento de su Madre. (86) Con este supuesto, se viene en conocimiento, de que los hijos de Doña Maria han de disponer precisamente entre los suyos, de la parte, y porcion, que aquella les dexó; y por conseqüente, que Don Melchor de Calatayud, ha de disponer entre sus hijos, de los alimentos que le dexó su Madre, que es la unica porcion que le cupo. Esto no puede ser, porque los alimentos acaban con la vida; luego no se verifica, que Doña Maria dispuso en Don Melchor, y demás hermanos de éste.

43. Mas: quiso Don Rafael, que muriendo alguno de los sucesores sin hijos, buelva la parte del que así muera, a los hijos que sobrevivan, según la disposicion de sus padres. (87) Y con el supuesto de que Sor Juana, y Sor Leonor de Calatayud morirán sin hijos, hemos de ver a quien pertenecerán los bienes de éstas; y es constante que a ninguno, porque no les tienen de este fideicomiso; y por

(84)

Sard. conf. 29. n. 6. Ciriac. controu. 548. n. 39. Cardin. de Luc. de fideicom. discurs. 57. n. 20. ibi: Ubi etiam non per viam libera voluntatis, sed arbitrii talis facultas concessa est, non tenetur ad omnimodam aequalitatem servandam.

(85)

Lit. 3. ff. de fund. institut. Lit. 1. ff. de impub. & alii sub st. Peregrin. de fidel. com. art. 7. n. 48. & art. 34. n. 46. Fufar. de sub st. quest. 650. n. 25. ibi: Ad ducitur primò pro hac sententia, quod substitutio censetur facta in his bonis, in quibus facta est precedenti institutio.

(86)

Es constante, porque Don Rafael quiso, que en el legado de Doña Maria claus. 3. se entendiessem repetidos los pactos, vinculos, y condiciones puestos en el de Don Vicente claus. 2. y en éste se halla la expresion que queda referida.

(87)

Resúta de las expresadas clausul. 2. y 3.

conseqüente, no ay que poder bolver a no los alimentos, porque con la muerte espiró el derecho de percibirlos; ni tampoco las 1000 lib. de los dotes, porque éstas no las restituirá el Convento. Y siendo expresa la voluntad de Don Rafael, que bolviessem los bienes de Sor Juana, y Sor Leonor de Calatayud, a los hijos que sobreviviessem: es visto, quiso tambien tuviessem bienes, porque primero es el tenerlos, que el restituirlos; de que se convence, que no aviendo dexado Doña Maria propiedades a todos sus hijos, no ordenó, ni conformó su voluntad, con la de Don Rafael.

## OBJECCION II.

44. Se reduce, a que el modo de hablar de Don Rafael: *El hijo, o hijos en quien avrà dispuesto*; manifesta clara su voluntad de querer la sucesion en uno, o en muchos, porque se valió de la diction o, que es disyunctiva, y alternativa.

## SATISFACCION.

45. De muchos modos se facilita la inteligencia de la citada clausula. Para lo qual devo suponer, que la diction o, puede significar en latin *vel, sive, seu, aut*, que son sinonimas, y por conseqüente, que lo que se diga de una de estas dicciones, procederá tambien en las otras. Tambien devo sentar, que las particulas disyunctivas, son aquellas, que aunque junten las dicciones, separan la cosa de la cosa, y la persona de la persona; (88) por manera, que nunca pueden verificarse las dos juntas, antes solo puede existir la una; (89) cuyos exemplos nos suministran el Emperador Justiniano, diciendo, que todos los hombres, o son libres, o esclavos. (90) Ulpiano afirmando, que legado el fundo, o usufruto, se entienden dos legados, y está en arbitrio del Legatario elegir el que quiera. (91) Proculo explica la naturaleza de

(88)

Prillian. lib. 16. P. Gilken. in lex. generaliter 6. Cod. de insti. & sub st. Alber. Gentili in leg. alternationis 18. S. 1. ff. de verb. signif. Theod. Giza: Disjunctiva vero sunt quæ disjuncta componunt: Et vel rem a re, vel personam a persona se jungeret orationem copulans.

(89)

Theod. Giza lib. 4. adversus Georg. Trapeuntium. Georg. Pachimerius in Epitome ad universam Aristot. differendi artem in cap. de ratiocinationibus connextis. A. Gall. lib. 16. Nell. Att. cap. 8. ibi: Aut malum est voluptas, aut bonum, aut neque bonum, neque malum; omnia autem quæ disjunctivè pugnare esse inter se oportet.

(90)

Princip. insti. de jur. personar. ibi: Quod omnes homines, aut liberi sunt, aut servi.

(91)

Lit. plant. 24. S. Si ita 14. ff. de legat. 1. ibi: Fundum Sejanum, vel usufructum illius sibi habito.

las dicciones alternativas, con el exemplo de, ò es dia, ò es noche. (92) Y aun los Historiadores, y entre ellos Aulo Gelio, en aquel dilema que refiere: *Aut pulchram duces, aut deformem*, (93) pues en todos estos casos solo puede existir el uno de los dos extremos; porque entre hombres libres, y esclavos no se da medio; el usufruto formal, no se puede entender, sino es separado de la propiedad; (94) el dia, y la noche son imposibles, ni como dice Aulo Gelio, puede aver medio entre lo hermoso, y feo.

46. Sentado, pues, que la naturaleza de las dicciones disyunctivas, y alternativas, pide los extremos imposibles; resta ahora ver, si la dición, de que se valió Don Rafael, une los extremos que abraza. Parece que en esto no puede aver la menor duda, en vista de que las palabras *hijo*, ò *hijos*, no solo no son contrarias, sino es que significan una misma cosa; por maneta, que aquel que muere dexando un hijo, se dice morir con hijos. (95) Y así no parece, que la dición ò, puede tomarse como alternativa en este caso; antes tiene las propiedades de las particulas conjunctivas.

47. Quando la dición *vel* la pone entre dos nombres, que significan una misma cosa, entonces suele tomarse esta particula por declarativa. (96) y segun queda dicho, las palabras *hijo*, *hijos*, tienen una misma significacion; y en este sentido es lo mismo que si Don Rafael dixera, el hijo, esto es, los hijos en quienes avrá dispuesto. Tambien se toma por conjunctiva la dición *vel*, lo que se observa,

(92)  
Leg. hac verba 124. ff. de verb. significat. ibi: *Disjunctivum est, veluti cum dicitur aut alter, aut non est: Quotum positum altero, necesse est, tolli alterum; Item sublatum altero, poni alterum*. Propterea lib. 1. eleg. 8.  
Sicut dicit, *seu non venerit illa mea est*.  
Sophocles in elcho. v. 781.  
Ut nec de nocte, ut interdum.  
Suaaviter dormire possim.

(93)  
A. Gellius lib. 5. Noct. Att. cap. 11. ibi: *Aut pulchram duces, aut deformem; si pulchram, habebis commanem; si non turpem, habebis furiam; Neutrum autem bonum: Non est igitur dūctūda uxor*.

(94)  
Princip. Instit. de usufructu. Leg. *velut alienatus ff. de usufructu*.

(95)  
Leg. non est sine liberi 148. ff. de verb. signif. Ciriac. controu. 478. n. 6. Marc. cot. variar. resolut. lib. 2. cap. 29. n. 9. Totte de majorat. tom. 3. decis. 11. num. 6.

(96)  
Rabrie. Cod. si ager vestigialis, vel emphiteut. pro. Leg. secundum 15. §. 1. qui sacrisa. regant. Menoch. conf. 347. num. 19. §. 1029. num. 14. Bellon. conf. 533. num. 7.

no solo en las Leyes, y Autores prácticos, sino es tambien en los Historiadores, y Poetas. (97)

48. Procede esto con mayor razon, si se advierte, que la dición ò, se halla puesta entre personas, y no cosas; en cuyo caso, sin duda se entiende por conjunctiva. (98) Y así tanto en la herencia, como en el legado, libertad, ò tutela dexado à este, ò à aquel, siempre el *aut*, que corresponde al ò, se toma por conjuncion. Y lo funda el Emperador Justiniano, en que así como en el interdicto *quod vi, aut clam*, el *aut* se toma por conjuncion; tambien en todos los casos semejantes de herencias, legados, fideicomisos, libertades, y tutelas, se deve entender lo mismo. De fuerce, que à los dos venga la herencia; los dos tengan el legado; entre los dos se divida el fideicomiso; à los dos competa la libertad; y ambos exerzan el oficio de Tutor. Advirtiendose, que esto procede quando son dos las personas, entre las quales se pone la particula *aut*; porque si son cosas, como si dixese el Testador: *illam, aut illam rem tibi do lego*, en este caso quilo se observasen las antiguas reglas, y disinciones, sin innovar cosa alguna. Y la razon la infirma el mismo Justiniano; porque de esta manera se cumple la voluntad del Testador, y todos los nombrados sienten igual comodidad; luego diciendo Don Rafael, *el hijo*, ò *hijos*, todos se deven entender llamados.

49. Y esto mismo es literal en la citada clausula, la que prosigue hablando de los descendientes que murieren sin hijos, *la parte, y porcion del que así muera, buelva al hijo, ò hijos que sobreviviéran*; en cuyo caso sin duda la dición ò, se toma por conjunctiva, que es lo mismo que si Don Rafael dixera, buelva à todos los hijos, que sobreviviéran; de manera, que no puede bolver à uno solo, aviendo otros, sin embargo de nombrar al hijo en numero singular. Que sean llamados

(97)  
Menoch. conf. 187. n. 18. §. conf. 54. n. 15. Ricc. decis. 72. n. 6. Gonzal. ad regul. Cancellar. gloss. 3. n. 15. Peregr. conf. 109. n. 3. Virgil. lib. 7. *Æneid. vers. 199*.  
Sic error vix, seu temporibus æli.

Qualia multa Mori Novera patiuntur in alio.

Et vers. 45. lib. 5. *Æneid.*

Aut hoc inclusi ligno occubantur Achivi.

Aut hoc in nostrorum fabricata est machina muris.

Inspiciat domos: Venturaque desuper urbi.

Aut aliquis late error.

Idem. 1. Georg. vers. 332.

Aut Atbe: opt Rhodopen: aut alta Ceraunia telo.

(98)  
Leg. 4. Cod. de verb. signif. ibi: *Mellius itaque nobis visum est omni huiusmodi verborum explosa, conjunctionem aut pro & accipi: Quomodo enim (verbi gratia) in interdicto, quod vi, aut clam, aut conjunctio pro & aperte posita est: Ita & in omnibus huiusmodi casibus sive institutionum, sive legatorum, sive fideicommissorum, vel libertatum, seu tutelarum hoc est intelligendum, ut ambo veniant æqua lance ad hereditatem, ambo legata similiter accipiant: Fideicommissum in utrumque dividatur: Libertas utrumque capiat: Tutoribus ambo fungantur officio (ut) si nemo defraudetur à comodo testatoris.*

dos todos los hijos, no tiene dificultad, porque son llamados todos los que sobrevivioren con la calidad de hijos; y así se sigue, que deve bolver la porción, y parte del que muera sin hijos, à todos los hijos que sobrevivioren. Y siendo cierto, que unos llamamientos explican los otros, las clausulas siguientes se interpretan mutuamente con las antecedentes: (99) se viene en elato conocimiento, que entendiendo Don Rafael à todos los hijos por este modo de hablar: *Buelva al hijo, ò hijos que sobrevivioren*, hemos de creer quiso, y entendió lo mismo por aquella otra locucion: *El hijo, ò hijos en quien avrá dispuesto*, mandose la ò en todos estos casos por dición conyuntiva.

50. Y precindiendo de lo expuesto, es constante, que este modo de hablar, *el hijo, ò hijos en quien avrá dispuesto*, es relativo à la antecedente disposición; de suerte, que en tanto quiso Don Rafael se dispusiese en estos, en quanto en ellos se huviese dispuesto; conque esta clausula no tiene en sí mas fuerza, que la disposición antecedente à que se remite, pues el referente solo significa, y manifiesta lo contenido en el relato. (100) Por manera, que se idempitica con él, y significa una misma cosa (101) y ya se ha visto, que en terminos de disposición, quiso Don Rafael comprehender à todos los hijos de Doña Maria. Amas de esto, aqui se trata ya de gravar à los hijos que dispongan; y este gravamen supone antes disposición, porque ninguno sin tener utilidad puede ser gravado; (102) ni lo puede ser en mas, que ha havido de quien le grava. (103) De que se infiere, que esta clausula, *el hijo, ò hijos en quien avrá dispuesto*, supone gravamen en los hijos de Doña Maria, en quanto fueron llamados: Todos fueron llamados; luego tambien fueron todos gravados.

51. La verdadera inteligencia de la referida clausula es, que como Don Rafael previno en los fideicomisos que fundó, las vocaciones, casos, y demás que podrian ocurrir, acordó tambien, que los bienes se conservasen en su familia, y por ningun titulo se enagenasen; para lo qual

( 99 )

Crespi observat. 22. n. 43. ibi: *Atque ita dispositio priorum substitutionum aperit animum Testantis ad sequentes si non fuerint satis expressæ.* Casil. lib. 4. contr. cap. 50. à n. 17. Latrea tom. 2. decis. 53. n. 10. Cortiad. decis. 129. n. 108.

( 100 )

Posth. decis. 181. n. 3. Vela dissert. 24. n. 3. Agulla ad Roxas part. 1. cap. 2. n. 146. Fontanelli de pact. nupt. claus. 4. gloss. 5. n. 20. Merlin. tom. 2. contr. cap. 3. en n. 3. Menoch. conf. 106. n. 141. Uccol. de transac. quest. 61. n. 16.

( 101 )

Surd. conf. 5. n. 65. Carleval de iudic. lib. 1. disput. 2. n. 581. Pareja de edit. tit. 2. resolut. 6. n. 302.

( 102 )

Leg. Ab eo 9. Cod. de fideicom. ibi: *Ab eo qui neque legatum, neque fideicommissum, neque hereditatem, vel mortis causa donationem accepit, nihil per fideicommissum relinquere potest.* Gabr. commun. consens. tit. de fideicom. conclus. 4. n. 28. Clar. S. Testamentum, quest. 78. vers. Sed quidquid dicant. Decius conf. 16. n. 42. lib. 2.

( 103 )

Leg. Imperator 70. ff. de legat. 2. ibi: *Sed & si legatum perceptoris, non amplius ex causa fideicommissi cogendus erit solvere quam recepit.*

qual quiso, que el hijo, ò hijos en quienes huviese dispuesto, distribuyesen tambien la porción, que les huviese cabido entre los que tuviesen legados. Como si dixera, el hijo en quien avrá dispuesto, esto es, en caso que el disponente huviera tenido un solo hijo: los hijos en quienes avrá dispuesto, es decir, teniendo muchos hijos el disponente; cuya inteligencia es la mas conforme, y que naturalmente se viene à la vista; no alcanzandose explicacion mas apta, para comprehender el caso, en que los llamados tuviesen un solo hijo. Esto es constante, y cierto en la disposición de Don Rafael, en la qual se hallará, que quando manda à sus sucesores, dispongan entre sus hijos, nunca se vale de la palabra *hijo*, antes siempre dice *hijos*; y solo usa de aquella voz, quando supone ya en el hijo radicada la sucesion, y quando grava à los que han de disponer; pero no quando dice en quien, porque en este caso siempre usa de las palabras, *entre sus hijos*. Conque es indubitable, y cierto, que llama à todos para la sucesion, y à todos previene dispongan entre sus hijos, à excepcion de quando ay un solo hijo, y por consiguiente es uno solo el nombrado. Y siendo el mejor interprete de las ultimas voluntades el uso, modo, y costumbre de hablar los Testadores (104) es visto, que la expresion *el hijo, ò hijos*, en nada se opone à lo fundado.

## OBJECCION III.

52. Que los Autores nunca han dudado, que en los terminos de este pleyto puede ser uno solo el elegido, y que unicamente contravierten, si este puede ser hembra; y que estando la comun por la negativa, será à lo menos cierto, que Sor Juana, y Sor Leonor de Calatayud, nunca han podido ser elegidas.

## SATISFACCION.

53. Todos los Autores que tratan del assumpto, afirman, que en el caso en que nos hallamos, deve el Fideicomisario repartir los bienes entre todos sus hijos, y que no cumple dexandolos à uno solo, cuyo pensamiento queda largamente fundado en la segunda parte de este Informe: Conque ya se ve la debilidad de esta objecion, en la qual aun no se quiere permitir duda; sin acordarse, que en assumptos legales no ay cosa cierta; todo se pone en disputa, y en todo puede aver razon de dudar. (105)

H

( 104 )

Leg. cum alimenta 22. ff. de aliment. & libert. legat. Leg. labor 7. §. Servius 2. ff. de supellect. legat. Mantica de consens. lib. 3. tit. 9. Menoch. de presumpt. lib. 1. quest. 18. n. 1. Peregrin. de fideicom. art. 11. n. 7. Fulcr. de substit. quest. 200. n. 8. ibi: *Ex consuetudine loquendi Testatoris, sumitur conjectura ejus voluntatis.*

( 105 )

Auth. Litrem paulo de Tabul. collat. 4. ibi: *Nihil inter homines sic est indubitatum, ut non possit illis sit valde iustissimum tamen suscipere quandam sollicitam dubitationem.* Leg. 202. ff. de reg. jur. ibi: *Omnis dispositio in jure est veli pericula est: Parum est enim, ut non subverti possit.*



34 Y aun se estraña mas esta objecion en la parte, de si pueden elegirse hembras, aviendo varones, por dos motivos: el primero, por que Don Joseph de Calatayud nombró por sucesores en este fideicomiso, à sus quatro hijos Don Luis, Don Lorenzo, Don Pedro, y Doña Mariana de Calatayud; y el segundo, porque Doña Francisca Ayerve, Litigante, tiene legitimada su persona, como aviente causa de dicha Doña Mariana; y no dexa de parecer impropiedad, è inconsecuencia, alegar incapacidad en las hembras, para succeder en este fideicomiso; quien pretende succeder en él, teniendo la misma qualidad de hembra, que opondrá à las demás.

55 Y descendiendo à lo específico de la questión, parece superfluo molestar con ella, quando por ningun titulo se puede contemplar del caso. Esta preferencia de varones à hembras, podria litigarse quando se tratasse de la successión de algun mayorazgo; pero no en esta contingencia, en la qual unicamente se disputa, si Doña Maria devió disponer entre todos sus hijos, insinuando lo prevenido por el expresado Don Rafael, è si cumplió nombrando en unico sucesor à Don Joseph su hijo. Todo lo que no sea contrahido à este particular supuesto, solo sirve para obsecurecer la verdad, y està satisfecho con acordar lo que dicen el Cardenal de Luca, y otros: (106) que aun siendo ciertas, y verdaderas las doctrinas in abstracto, nada se hace, sino se concretan à la especie determinada, de que se trata, distinguiendo los casos, y reflectando las circunstancias que ocurren. Y si el supuesto de este pleyto, tuviera conexión con este reparo, se esforzaria la verdadera opinion, en la duda de si concedida la facultad de elegir, puede ser nombrada hembra; y se diria que si, y que esta sentencia era la segura, y corriente de los mas celebres Autores. (107) Pero no siendo del dia, solo acuerdo los juiciosos preceptos de Horacio. (108) De que se concluye, que tomese esta objecion como se quiera, es debil, y fuera del supuesto.

## OB-

(106)

Card. de Luc. de Renunt. discurs. 30. ibi: *Atque in hoc consistit nostra simplicitas per quam reddamur apud altorum scientiarum professores contemptibiles, quod scilicet non distinguimus casum à casu magnificando aliquam specialem doctrinam, non resistendo ad diversas circumstantias.* Felín, in cap. 1. de Præscript. lib. Decidere per generalia, pauperis est Doctoris iudicium. Totus de majorat. par. 2. q. 58. n. 11.

(107)

Molin. de Hispan. Primog. lib. 2. cap. 4. n. 5. ubi Addentes. Paz de Tenim. cap. 34. n. 105. Castill. lib. 4. controuv. cap. 36. n. 50.

(108)

Horat. Art. Poetice. ibi:

*Et forte cupresum  
Scis simulare, quid hoc si fractis enatit exis  
Navibus ære dato qui pingitur? amphora capis  
Institui currente rosa, cur arceus exis?  
Denique sit quodvis simplex dumtaxat & unum.*

## OBJECCION IV.

56 Consiste, en que estando obligada Doña Maria à disponer entre todos sus hijos, sería superflua la facultad de elegir, que le concedió Don Rafael su Padre.

## SATISFACCION.

57 Antes de darla devo acordar, que Doña Maria no tuvo facultad de elegir; antes se le impulso obligacion de disponer entre sus hijos, dando à uno mas, y à otro menos, del modo, y manera que le pareciesse, y bien visto le fuessse. De que se sigue, que aun con la obligacion de disponer entre todos sus hijos, tuvo arbitrio para dar à uno mas, y à otro menos; y por consiguiente, no se puede contemplar superfluidad alguna, en la que se supone facultad de elegir. Y prescindiendo de lo dicho, es de notar, que el argumento que se dice de superfluidad, es debil, pueril, y sin fundamento; (109) de fuerte, que con solas presunciones en contrario, queda sin la menor fuerza; (110) y à estas presunciones, que tienen los Autores por bastantes, para satisfaccion de este argumento, exceden en mucho las juridicas pruebas, que se han expendido en este Informe, como resultará del cotejo con los Autores, que tratan de aquellas. (111) Y lo que es mas, siempre que conste de la voluntad del Testador, como en nuestro caso, no puede tener lugar el argumento de superfluidad; (112) siendo la razon, porque semejante modo de arguir unicamente se admite con el fin, de que las ultimas voluntades no se perviertan, ni haga cosa contra lo mismo que ordenan. (113) Y es manifestado, que no se viene, ni contradice la voluntad del citado Don Rafael, entendiendola como se ha manifestado.

58 Amás de esto, los Testadores, por lo regular dicen, y ponen en sus Testamentos muchas cosas con superfluidad; (114) y aun que se permita, que las palabras del Testamento devan tener algun efecto.

(109)

Peregr. conf. 52. n. 13. & conf. 109. n. 3. lib. 1. Mantia. de conjec. ultim. volunt. lib. 3. tit. 6. n. 8. & lib. 8. tit. 18. n. 24. Folar. de subst. quæst. 286. n. 3. Citac. controuv. 522. n. 76. Lattea deiff. 31. n. 51. & allegat. 38. n. 27. Castill. lib. 4. controuv. cap. 38. Fontanell. deiff. 526. n. 19.

(110)

Mantia. de conjec. lib. 12. tit. 17. n. 39. Citac. controuv. 522. n. 76.

(111)

Lattea deiff. 31. n. 51. & 52. & deiff. 61. n. 20. 21. & 22. Barb. axiomat. 216. n. 6. Mantia. de conjec. lib. 3. tit. 16. à n. 4. Castill. lib. 5. controuv. cap. 38. à n. 17.

(112)

Fontanell. deiff. 526. à n. 17. part. 2. Lattea deiff. 31. n. 52.

(113)

Castill. lib. 4. controuv. cap. 48. à n. 12. Mantia. de conjec. lib. 3. tit. 6. n. 4. Fontanell. deiff. 526. n. 2. part. 2. Folar. de subst. quæst. 286. n. 4.

(114)

Leg. testamentum 17. Cod. de testam. ibi: *Testamentum non ideo infirmari debet, quod diversis hoc defunctus nominibus appellavit, cum superflua non noceant.* Castill. lib. 4. controuv. cap. 38. à n. 17.

32 efecto, para que no se juzguen ociosas; pero al mismo tiempo es cierto, que basta obren algo, aunque este algo sea cosa la mas minima, para que no se tengan por tales. (115) Y en los terminos, con que se halla concebida la disposicion de Don Rafael, pueden ponerse en practica todas las palabras, con que la arreglo; porque Doña Maria, por el arbitrio regulado, con que mandó aquel que dispusiera, no estuvo obligada à guardar en la distribucion, una total igualdad, sino es, que pudo dar algo mas à unos hijos, que à otros. (116)

#### OBJECCION V.

59. Que el fideicomiso de que se trata, es sucesivo, y no colectivo, pues de esta manera se suelen fundar; y por consiguiente, que la voluntad de Don Rafael fue, succediesse en el uno solo, y no muchos.

#### SATISFACCION.

60. Acuerdo, que Doña Francisca Ayerve, y Don Luis, Don Lorenzo, y Don Pedro de Calatayud, están pidiendo en el día, se declare pertenecerles la sucesion en este fideicomiso; de lo que se infiere, que el mismo hecho, y accion contraria están persuadiendo, que el fideicomiso de que se trata es colectivo: es decir, deve pertenecer à muchos; pues siendo quatro los herederos, ò sucesores de Don Joseph, todos quieren aver succedido por iguales partes. Si los bienes de este fideicomiso no pueden sujetarse à division; cómo es, que los quieren todos los Contendores? Una de dos: ò pueden succeder muchos, ò deve succeder uno solo? Si lo primero, no viene al caso el argumento, pues lo mismo afirman Don Melchor, Sor Juana, y Sor Leonor de Calatayud; y si lo segundo, no se alcanza por qué titulo, ò accion lo piden quatro, los mismos que arguyen no poderlo tener mas que uno.

61. Pero porque no parezca, que el no dar otra respuesta à la objecion, es por no tenerla; se ha de advertir, que los Contendores han equivocado los principios, y propiedades de los fideicomisos, con las de los mayorazgos, los cuales en todo convienen con aquellos; à diferencia, de que en el mayorazgo sucede uno solo, y en el fideicomiso muchos, si están en un mismo grado. (117) Resta

aora

(115)  
Card. de Luc. de fideicom. discurs. 54. n. 7. Rosa consultat. 17. n. 38. Mantica de conjes. ultimar. volunt. lib. 3. art. 6. n. 2. Palma allegat. post. 10. n. 39. ibi: Disposita autem ne dicatur superflua ac inutili sufficere, quod verba ejusdem quid minimum operari valiant.

(116)  
Ciriac. contrav. 548. n. 39. Surd. conf. 29. n. 6. Card. de Luc. de fideicom. discurs. 57. n. 20. ibi: Præsumendum est advertebam, quod facultatarius, ubi etiam non per viam libera voluntatis, sed arbitrii talis facultas concessa est, non tenetur ad omnimodam equalitatem servandam, sed potest eos inqualiter tractare, ne alias fatua, & sine aliqua operatione facultas remaneat.

(117)  
Molin. lib. 1. cap. 1. n. 7. & 25. ibi Addentes. Fontanell. decis. 32. n. 9. cum sequent. & decis. 34. n. 2. Amato resoluit. 10. n. 10.

33 aora ver, si Don Rafael fundó mayorazgo, ò fideicomiso; pero es por demás el detenernos en este assunto, quando no puede aver el menor género de duda, en que la disposicion de que se trata es de fideicomiso familiar, como se evidencia de lo fundado en todo este Informe; y en los autos unicamente se ha controvertido, si Doña Maria cumplió eligiendo en unico successor à Don Joseph, ò si debió nombrar à todos sus hijos; no dudandose que pudo hacerlo, atendidas las clausulas, dando à uno mas, y à otro menos, que absolutamente manifiestan, pudieron ser todos elegidos; pero no ay el mas leve fundamento, ni congetura, de donde pueda inferirse, que Don Rafael quiso fundar mayorazgo; y à averles, à los Contendores toca la prueba, que no han expendido. (118)

62. Y dexando por supuesto, que la disposicion de que se trata no es de mayorazgo, se passa à fundar, que tampoco es de fideicomiso sucesivo, en el modo que lo entienden los Contendores. Para lo qual devo suponer, que de ser el fideicomiso sucesivo, infieren que unicamente puede ser uno el successor en el; y en estos terminos digo, que la disposicion de Don Rafael no es de fideicomiso sucesivo, porque en este sentido importa lo mismo que mayorazgo; siendo semejante inteligencia contraria à los mejores Autores, porque es cierto, y constante, que en el mayorazgo solo puede succeder uno, y en todas las especies de fideicomisos pueden ser muchos los elegidos; (119) pero no se niega, que el fideicomiso de que se trata, tomándose en el modo, y forma que se deve, sea sucesivo; de lo qual no se infiere, que no puedan succeder muchos: porque se ha de advertir, que aunque el fideicomiso se dexe con la condicion, de que los bienes se conserven perpetuamente en la familia, y se aya de succeder en el gradatim, & successivè, no por esto deve ser la succession por derecho de primogenitura, de suerte, que uno sea preferido dexados los demás, sino que todos los mas proximos, existentes en un mismo grado, deven ser admitidos igualmente à la succession; (120) luc-

(118)

Fig. 6. Cod. de Testament. ibi: Sed sibi probandum est, an frater suus suaserit.

(119)

Molin. lib. 1. cap. 1. nn. 7. 8. 22. cap. 3. n. 6. cap. 4. n. 16. cap. 5. n. 31. vers. Ex quo inferitur. Amato resol. 10. n. 10. Simanc. lib. 1. discip. cap. 5. Torce lib. 1. cap. 4. n. 31. & 32.

(120)

Molin. lib. 1. cap. 5. n. 31. ibi: Hic tamen animadvertendum est, quod quamvis fideicommissum ea lege relictum sit, ut bona in familia perpetuo conserventur, succedendumque sit in eo per fideicommissum gradatimque ac successivè, non ex hoc debet in eo fideicommissum jure primogenituræ succedere, licet ut unus isque primogenitus in bonis hujusmodi fideicommissi subiectis succedere debeat, ceterisque in eodem gradu existentibus præferri, sed omnes proximiores in eodem gradu existentes pariter ad fideicommissi successionem admittendi erunt. Et n. 32. Ex quo inferitur etiam fideicommissa perpetua majoratibus similia non esse, cum in perpetuo fideicommissi non unus, & primogenitus sed plures in eodem gradu existentes simul admittendi sint in majoratu autem unus solus isque primogenitus succedere debeat.

34. luego aunque este fideicomiso sea sucesivo, por eso no dexaron de ser llamados todos los hijos de Doña Maria.

63. Que se acostumbren à fundar fideicomisos sucesivos, no es del caso; porque si la costumbre se trae para apoyo de que el presente es sucesivo, en el modo que deve tomarse, y queda referido, convienen en lo mismo Don Melchor, y sus hermanas; pero si se quiere para probar que el fideicomiso es sucesivo, esto es mayorazgo: à mas de quedar ya satisfecho este pensamiento, se añade, que el argumento es de poca consideracion; lo uno, porque el Testador no està precisado à conformarse con la costumbre; (121) antes por el contrario, por lo mismo que dispuso, se entiende averse apartado de ella. Al modo que la voluntad del Testador no se entiende conformarse con las reglas del Derecho comun, ni con otro estatuto. (122) Y lo otro, porque no ay cosa mas frequente que la diversidad de pareceres, y voluntades; (123) de que se sigue, que no puede arguirse, ni probarse la voluntad del Testador, de la frecuencia con que otros suelen querer esta, ò aquella cosa, (124) sino es por las reglas de interpretara por aquellas, digo, que hacen formar un juicio prudente. (125) Luego por ningun titulo se podrá decir, que la disposicion, de que se trata sea de fideicomiso sucesivo, si este se toma como mayorazgo.

#### OBJECCION VI.

64. Consiste, en que Don Melchor, Sor Juana, y Sor Leonor de Calatayud, han tenido ciencia de este fideicomiso, cobrando los alimentos en virtud del testamento de Doña Maria su Madre; y por consiguiente, que les obsta la prescripcion, por no competeler por titulo alguno el beneficio de la restitution, y aver discurrido mas de 50. años desde la muerte de dicha Doña Maria.

JA-

Casill. lib. 5. contro. cap. 143. a n. 45. vers. Respondetur ergo:

Averan. interpret. jur. lib. 4. cap. 1. n. 2. & sequent. ibi: Per vulgata illa, & omnium sermonibus celebrata regula: Quod Testator voluntatem suam ad juris communis, vel statuti dispositionem conformare censetur, neque ulla ratione nititur, neque ulla lege fundatur. Omnis ratio oppositum suadet, sive voluntas Testatoris de rebus suis disponenti, sive legis mens, & sententia spectetur.

Leg. 7. tit. 6. part. 1. ibi: Porque naturalmente las voluntades de los Omes son de partidas. Virgil. Belog. 2. Horat. ferm. lib. 2. sat. 1. ibi: Quos capitum vicunt, totidem studiorum millia.

Leg. gula 4. ff. ad Trebel. ibi: Cum varie sunt hominum voluntates. Leg. item 17. §. principaliter 6. ff. de recep. qui arbi. ibi: Quid res fore sint exita futura est, propter naturalem hominum ad arbitrium facultatem.

Helicnec. var. in loc. Quintil. inst. orat. lib. 12. cap. 2. ibi: Non quasi juris omnis, aut verborum proprietate, aut aequi disputatione, aut voluntatis conjectura continetur: quorum pars ad rationalem, pars ad moralem tractatum redundat. Casill. lib. 4. contro. cap. 8. n. 17. & 18.

#### SATISFACCION

65. Es constante, que Don Melchor de Calatayud, desde el año 1707. està empleado en el Real servicio, y que desde el mismo año, Sor Juana, y Sor Leonor de Calatayud, entraron en el Convento de Santa Maria Magdalena de esta Ciudad, en el qual profesaron así como lo permitieron sus edades; y en estos terminos se manifiesta el justo motivo de ignorancia de este fideicomiso, que han tenido los referidos Don Melchor, Sor Juana, y Sor Leonor de Calatayud; pues el primero ausente desde tierna edad, y los demás en el referido Convento, nada han podido saber de este asunto: y siendo cierto, que aquel que ignora està justamente impedido; (126) se infiere tambien, que contra el no puede tener lugar la prescripcion, (127) antes se le concede el beneficio de la restitution, *ex capite jussu ignorantie*. (128)

66. Esta en nuestro caso es manifiesta; lo uno, porque el Derecho nunca presume ciencia, sino siempre ignorancia; (129) lo otro, porque siendo precisa la prueba de la ciencia, (130) no se ha justificado, como devia, que Don Melchor, Sor Juana, y Sor Leonor de Calatayud la ayan tenido de las disposiciones de Don Rafael Garcia de Salat, fundador de este fideicomiso; y lo ultimo, porque el ignorar, ò saber, depende, y consiste en el animo, y la prueba de este extremo, la tiene el Derecho por imposible; (131) y aunque ayan tenido noticia de parte del testamento de Doña Maria, esto de ningun modo les puede perjudicar; porque si el tener presente una parte del testamento, no prueba necesariamente la ciencia de todo el; (132) con superior razon, no proba la de las disposiciones de dicho Don Rafael, que son las que deven atenderse, como ordenadas por el Fundador, cuya voluntad es la que dà leyes para la sucesion; y aun en estos terminos no bastaria tener ciencia en general de estas disposiciones, (133) porque es preciso que sea plena, perfecta, cierta, y con

to-

Costa de fact. silen. & ignor. inspec. 87. & 88.

Leg. 1. Cod. de anna. cap. Fontanell. de fideicom. art. 41. num. 17.

Fontanell. de fideicom. art. 41. n. 12. Mart. de success. legal. tom. 2. part. 4. quæst. 21. art. 15. n. 97. Fulac. de subfili. quæst. 328. per tot. & præcipue n. 12.

Leg. qui in alterius 42. de reg. jur. Calan. conf. 57. n. 25.

Fontanell. de fideicom. art. 153. n. 11. & sequent.

Xiv. de fideicom. 505. num. 21. lib. 3. Olase. de fideicom. 101. n. 24. Costa de fact. silen. & ignor. inspec. 84. n. 1.

Surd. conf. 170. n. 133. Giurb. de fideicom. 79. n. 28. vers. Nec ex scientia. Petegrin. de fideicom. art. 54. n. 21.

todas sus qualidades. (134) Conque tenemos, que à Don Melchor, y hermanas les compete el beneficio de la restitucion, por la justa ignorancia que han tenido de este fideicomiso; pues en realidad no tuvieron noticia, ni supieron de sus derechos, hasta que para defenderse de la demanda que pusieron los Contendores, les fue preciso el hacer mirar los instrumentos justificativos de ella, de cuya resultancia han venido en conocimiento del derecho que les sufraga.

67 Y aun por otro titulo les compete tambien el beneficio de la restitucion; à Don Melchor, por Soldado empleado continuamente en el servicio de su Magestad; (135) y lo mismo procede por lo que mira à Sor Juana, y Sor Leonor; pues no teniendo éstas otra representacion que la del Convento, (136) compitiendole à este dicho beneficio de restitucion, (137) tambien sufragará à aquellas.

68 Pero lo que es mas, por ningún pretexto pueden los Contendores valerse del remedio de la prescripcion; porque son poseedores de los bienes del fideicomiso, à el passo que no son los llamados à todos sus bienes; en cuyos terminos no procede la prescripcion, (138) pues la posesion, aunque sea de mil años, no puede hacer verdadero heredero, à quien el Testador no llamó. (139) Y queda demostrado en la segunda parte de este Informe, que Don Rafael no quiso sucediese en sus bienes Don Joseph solo, sino es, todos los hijos de Doña Maria.

69 Y ultimamente acuerdo, que el remedio de la prescripcion, no es el mas seguro, atendiendo à que ésta es una injusta defensa, contraria à razon, y à la natural equidad. (140) Y ésta sin duda es la causa por-

(134)  
Surd. decif. 216. n. 43. & conf. 150. n. 136. Peregrin. ubi supra.

(135)  
Galeffi de restit. in integ. ex solut. maj. cap. 8. per tot.

(136)  
Sanfelix. decif. 349. vers. Quidquid adquisit. Peregrin. de fidelcom. art. 28. n. 81. Covar. var. resol. lib. 1. cap. 9. n. 7. Fular. de subfist. quæst. 313. Altograd. conf. 96. n. 1. & sequent. lib. 1.

(137)  
Ridolphin. in prax. part. 1. cap. 13. n. 432. Altimar. de nullis. rub. 1. part. 4. quæst. 38. n. 400. tom. 6.

(138)  
Pinel. in autbrut. Nisi trisennale, de bonis mater. num. 23. Gregor. Lopez in leg. 10. tit. 16. part. 4. vers. Nisi emptus. Dec. con. 117. n. 69. lib. 3.

(139)  
Barbof. ad rubric. Cod. de prescrip. n. 391. cum seq. ibi: Possit etiam mille annorum, non potest facere virum heredem illum qui vocatus non est ad illius successionem.

(140)  
Car. Ant. de Luc. in animadver. ad Gratian. cap. 88. n. 1. Card. de Luc. de fidei. decif. 21. n. 32. & de jurisdict. diffens. 31. n. 16. Pontanell. decif. 82. n. 1. Lattaia allegat. 28. n. 25. Roc. tom. 2. disp. 115. n. 36.

37  
porque rara, ò ninguna vez se obtiene por este medio. (141) Y si se mira al Tribunal donde pende este pleyto, en el qual solo se juzga atendida la verdad, y equidad, se verá ser de ningún merito semejante excepcion, y sola merecedora del desprecio; (142) siendo cierto, que por ser un remedio odioso, è iniquo, en duda siempre se declara contra la prescripcion. (143)

70 Quedan insinuadas algunas de las razones que manifiestan el derecho de Don Melchor, Sor Juana, y Sor Leonor de Calatayud; y con las demás que tendrán presentes los Señores que han de juzgar esta Causa, esperan aquellos la decision à su favor. Así lo siento, salvando la superior censura. Valencia 12. de Marzo de 1756.

Imprimatur.  
Castillo.

Dr. Joseph Villarroya.

Reconocido, y conforme. Valencia, y Marzo 13. de 1756.  
Lic. Granada.

(141)  
Caren. resol. 234. n. 15. ibi: Maxime cum Urcillus ad decif. Affili. 329. in fine dixerit, quod per annos viginti sex, quibus exercuit officium advocati, nunquam potuit videre, vel obtinere, quod feratur sententia ex capite prescriptionis.

(142)  
Andreol. part. 1. resol. 42. n. 22. Palma Nepos tom. 1. allegat. 2. n. 24. & allegat. 3. n. 155. ibi: Omisso, quod in Tribunali, in quo proceditur ex bono, & aequo, & sola veritate inspecta, prescriptio exceptio, nec meretur allegari. Et tom. 1. decif. 54. in fine. Bonden. tom. 1. collat. leg. 48. n. 62. Roc. tom. 2. disp. put. 142. n. 56.

(143)  
Bonden. tom. 1. collat. legal. 48. n. 61. ibi: Adversus quam veluti obliquissimam, & iniquam, in dubio est respondendum, & judicandum. Palma Nepos tom. 1. decif. 10. n. 26.

